Background Paper BP-249E

ENVIRONMENTAL ASSESSMENT LEGISLATION: BILL C-78 AND REGIMES IN OTHER COUNTRIES

Kristen Douglas
Law and Government Division

January 1991

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

92-00319/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1991

Cat. No.

ISBN

YM32-2/249E
0-660-14099-3

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE OF CONTENTS

	Page
INTRODUCTION	1
ENVIRONMENTAL ASSESSMENT LEGISLATION OF THE EUROPEAN COMMUNITY	1
LEGISLATION IN OTHER EUROPEAN COUNTRIES	8
A. Norway	8
B. Switzerland	8
NEPA - ENVIRONMENTAL PROTECTION LEGISLATION OF THE UNITED STATES OF AMERICA	9
A. The Process under NEPA	9
B. The Council on Environmental Quality	10
C. Procedural Regulations	11
D. The Requirements of Environmental Impact Statements	12
E. The Threshold Determination	13
F. Legislative Proposals	14
G. Filing and Publication of Statements	15
H. The Effectiveness of the Environmental Assessment Regime of NEPA	16
I. General Remarks	18
ENVIRONMENTAL ASSESSMENT LEGISLATION OF COUNTRIES OF THE PACIFIC RIM	20
A. Australia	20
B. Japan	23
C. New Zealand	23
COMPARISON OF INTERNATIONAL SCHEMES WITH THE PROPOSED CANADIAN SCHEME	26
A. Scope	27
B. Environmental Factors to be Considered	29
C. Process	31
D. Who Decides?	32
E. Follow-Up	33
F. Judicial Review of Decisions	33
G. Powers of the Minister	34
H. Independent Agency	35
I. Annual Report	36
J. Constitutional Division of Powers	36
K. Public Participation	37
L. Participant Funding	39
CONCLUSION	39
SELECTED REFERENCES	40

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ENVIRONMENTAL ASSESSMENT LEGISLATION: BILL C-78 AND REGIMES IN OTHER COUNTRIES

INTRODUCTION

This paper analyzes several legislated environmental assessment regimes in other countries and compares them with Canada's proposed scheme as set out in Bill C-78: the *Canadian Environmental Assessment Act*. The following countries were included as being the most useful for purposes of comparison:

- the countries of the European Community;
- the United States of America; and
- the countries of the Pacific Rim, including Australia, Japan and New Zealand.

As the effectiveness of each foreign process is examined, it will become clear that each has elements that are instructive for Canadians considering the proposals in Bill C-78. It will also become clear that to some extent Bill C-78 represents an advance in the legislation of environmental assessment schemes.

ENVIRONMENTAL ASSESSMENT LEGISLATION OF THE EUROPEAN COMMUNITY

The Council of Ministers adopted a Directive(1) on environmental impact assessment (EIA) on 27 June 1985. The Directive

---

(1) A Directive is a Community law which is binding in terms of the result to be achieved, but which allows Member States to choose the form and method of implementation. This Directive was to have been implemented within three years, but this goal was not met.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

requires a developer, whether in the public or private sector, to submit information on any project likely to have significant effects on the environment. This information is made available to the public and to those agencies with environmental responsibilities. Member States must designate authorities to review environmental impact studies prepared by developers and must ensure that members of the public have an opportunity to express their concerns and objections before a project starts.

The scope of the Directive covers impacts on the biophysical environment, including human beings, flora and fauna, soil, water, air, climatic factors and the landscape, material assets and cultural heritage. The Directive contains two classes of public and private projects: those that must be assessed (Annex I), and those that may be assessed (Annex II). Annex I projects include: crude-oil refineries, thermal power stations, facilities to store or dispose of radioactive waste, asbestos-processing plants, road, railway and airport construction, large port facilities, and treatment plants or storage sites for toxic and dangerous wastes. The list in Annex II is much longer and includes agricultural, processing, manufacturing, energy production, infrastructure, and waste disposal projects. These are to be assessed when Member States "consider that their characteristics so require." General criteria for Annex II projects may be drawn up or decisions to assess additional projects may be made on an *ad hoc* basis.

Individual projects may be exempted from assessment, but the Member State is required to consider whether another form of assessment would be appropriate and both the Commission of the European Communities (EC Commission) and the public must be informed of the reasons justifying the exemption. When a State is aware that a project on its territory is likely to have adverse transboundary environmental impacts, it must inform the other Member States at the same time as it informs its own nationals. States are to develop bilaterally mechanisms for information exchange.

When decisions are taken about the start of a project, the competent authority informs the concerned public about the decision, including the rationale for it and any relevant conditions.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The Directive presents difficulties for European legislators because its main features must be superimposed, to the same level of rigour, on 12 different and complex constitutional, legal, and administrative systems and applied to a wide range of industrial activities and resource development. The Commission has proposed the creation of a European Environment Agency to supply Member States with information on improved ways to deal with environmental issues, the preparation and implementation of the legislation, better forecasting methods, and assurance that European environmental programs are integrated into international programs.

The effectiveness of environmental assessment in the European Community varies widely from one country to another, depending on the degree to which the Directive has been implemented. Effectiveness of enforcement depends to some degree upon the legal system of the particular nation, and vast differences have been identified. Given the number of legal systems to which this scheme has been applied, it is also difficult to gauge the regime's effectiveness at any specific point in time.

The Council of Ministers has emphasized the desirability of uniformity in European environmental assessment. Considerable differences between the requirements in Member States would have unacceptable effects on investment and competition. The EC Commission was convinced that Member States must agree on the principles to be followed. Arguably, uniform implementation of requirements is even more essential, but the Member States were left free to introduce the principles into their existing law and practice as they chose.

According to the EC Commission itself, the Directive as agreed upon is weaker in certain important respects than the original proposal. The Commission suggests, however, that the adoption of the Directive and its implementation constitute very substantial advances toward the ideal situation, which is described as being one where concern for the environment will be an integral part of good planning and management.(2)

---

(2) *European Environmental Yearbook*, Achille Cutrera, Director, DocTer International U.K. Inc, London, 1987, p. 168.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

In Belgium, the EC Directive is to be implemented by permit-granting authorities at the regional level of government and has not been enacted on a federal level. Nor is environmental impact assessment subject to regulation by the legislature in Denmark, where environmental impact is assessed on a local level through the town planning process. The EEC scheme is intended to be adopted in Denmark, however, and draft legislation to this effect has been introduced.

In France, legislation has been passed creating two levels of environmental assessment, Reviews for smaller projects, and Environmental Impact Studies for larger ones. A Government Decree included 33 classes of projects which would require the latter type of enquiry. France was the first European country to require EIAs by statute, and about 10,000 are done annually, but they are criticized because the quality of study is often poor, procedures are difficult to follow, and only lip service is paid to public participation. The system is also criticized because it allows for fairly extensive exemptions, including maintenance and repair work of a certain size, the management, development and exploitation of forests, and those works with a budget of less than 6 million francs, unless specifically included in another list. This has led critics to observe that no strictly ecological criterion has been adopted, and that differences in various environmental risks have not been taken into account.

In the Federal Republic of Germany (FRG), three bills were introduced to make the EC Directive into law, and to amend existing related legislation. This step followed a period of debate after the introduction of the EC Directive at the Community level. The previous federal legislative scheme in the FRG was based on the American system, and had been in place since 1971. Its lack of definite qualitative standards and the procedural provisions, however, led to clear political pressure for improved environmental protection legislation; in particular, the "Green" party had called for environmental assessment legislation. As of the unification of the Germanies, on 30 October 1990, all West German legislation became applicable throughout the unified Federal Republic of Germany. Because industry in what was East Germany is behind in terms of

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

environmental protection measures, the enforcement of environmental legislation will be implemented gradually.

The *Bundesrat*, which represents the states of the FRG, has accepted, in principle, the proposed legislation, which, when passed, will serve as a framework for application by state governments. The effect of the new legislation will be to integrate environmental impact assessment into existing administrative procedures. All projects in Annex I of the EC Directive will require an EIA, as will most in Annex II. EIA will be applied to licensing and to broader planning procedures. A federal EIA coordinating agency will be created to assemble information and to report on the impact of projects. This report will serve as the basis for decisions by planning authorities. The legislation sets minimum standards for public consultation.

Legislation that would introduce an EIA licence requirement for new projects, programs and schemes within a federal legislative scheme is now under consideration in Greece. The Ministry for Environmental Protection, Regional Planning and Public Works, and the consent-granting ministry, would be responsible for the EIA.

In 1988, a statutory procedure for environmental assessment was enacted in the United Kingdom. The previous system had been part of a decision-making process which required authorization of proposed projects by central and local government under land use planning legislation. EIAs must now be conducted by proponents of projects included in Annex I of the EC Directive, while the local planning authority decides whether a project in Annex II must be assessed. The local planning authority, relying on the EIA and other planning materials, makes the final decision as to whether the project proceeds.

Work in the U.K. has pointed to a weakness in the British EIA scheme which could be identified in most of the systems examined here. As a stationary "snapshot" of the design history of a project, an Environmental Impact Statement (EIS) is of limited value in a dynamic situation.(3) To accommodate project change, and to update the nature of

---

(3) B.D. Clark *et al.*, "Environmental Assessment Audits in the U.K.: Scope, Results and Lessons for Future Practice," in *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience*, Vol. II, Minister of Supply and Services Canada, 1987, p. 537.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

environmental impacts expected, the EIS would be more effective if it were adaptive to its context. This would require continual updating to keep track of impacts and to follow the links between project characteristics and environmental impacts.

The 1985 EC Directive has not been implemented and is likely to prove difficult in Ireland, which has very little environmental assessment experience or expertise.

In Italy, a 1988 Presidential Decree sets out EIA procedures for projects in the Directive's Annex I. Developers must send project descriptions and EIA studies to the Ministers of the Environment and of Cultural Heritage, and to the affected regions. The public must be informed in the press, and a copy of the EIA study must be available for public consultation at an approved regional office. A technical assessment of the EIA study is conducted by an EIA Commission, and a decision must be issued by the Ministers of Environment and Cultural Heritage within 90 days. Other approvals may also be required before the project may proceed.

The Dutch Parliament approved EIA legislation on the same day as the EC Directive was passed, 27 June, 1985. As part of the Dutch government's environmental policy, the purpose of EIA is to ensure that in preparing and making a decision, environmental aspects are taken into full consideration.(4)

In the Netherlands, EIAs are required for classes of developmental and industrial projects and plans specified on a list that includes all undertakings in the EC Directive's Annex I and most in Annex II. An EIA Commission comprising 200 experts in environmental and related areas works with the competent authority and the proponent of the project to determine the scope of the EIA. The proponent prepares the EIS and submits it, with input from the public and the EIA Commission, to the competent authority, which decides if the project should proceed, or if it needs mitigating measures or monitoring. Government and public agencies are permitted to appeal the decision.

The following criteria were used in the Netherlands to determine which activities required an EIA:

---

(4) H.C.G.M. Brouwer, "Evaluation of Public Involvement in Project EIA in the Netherlands," in *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience*, Vol. II, Minister of Supply and Services, 1987, p. 544.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

- possible discharge of toxic or other substances, in large quantities, into the air;

- possible accidental discharges of flammable, explosive, toxic or radioactive substances which might seriously affect human health;

- possible discharge of waste material or non-ionizing or ionizing substances into ground or surface water;

- possible damage to soil;

- possible climatic changes;

- possible serious injury to the diversity, coherence, visual manifestation or cultural-historical aspects of towns and countryside;

- possible harm to the biotic environment whereby species or ecosystems, especially those which are unique or rare, are threatened with disappearance; and

- possible harm to the quality of the environment (i.e., causing noise, odours, unsightliness, or hazardous conditions).

In the Netherlands, it was decided to gain experience with environmental impact assessment on an experimental basis. EIAs have therefore been conducted on a voluntary basis for a number of government projects. Public involvement is included in the EIA process at two stages: the "scoping phase," where it is decided whether an EIS is required; and the review phase, where the EIS has been accepted by the competent authority but before a decision on the project has been made. Note that the proponent and the competent authority may be one and the same.(5) In the Netherlands, experience with public involvement in the EIA process has suggested that its effectiveness depends on the attitudes and behaviour of politicians. If the information derived from public participation is not permitted to affect decisions, public participation will be an empty exercise. The Netherlands is the only EC country to have a program of participant funding.

The provisions of the environmental assessment scheme under the EC Directive do not give individual Ministers (or other elected

---

(5) *Ibid.*, p. 544.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

representatives) the power to order public reviews of projects or of decisions. The scheme thus has the same weakness as has been identified in the environmental assessment scheme proposed in Bill C-78, the *Canadian Environmental Assessment Act*. It should be noted that no European country uses mediation as a means of resolving environmental assessment issues, an option proposed in Bill C-78.

LEGISLATION IN OTHER EUROPEAN COUNTRIES

A. Norway

A new EIA process was established in Norway on 6 June 1989. Its purpose is to ensure assessment of possible impacts on the environment, natural resources and society in the form of major physical developments or changes in land-use patterns. Classes of projects requiring EIA are listed in the regulations, and the Minister of the Environment may also designate special cases. There are two phases of the process, including screening and an EIS for proposals requiring in-depth study.

The proponent must notify the Minister of the Environment of each project in a class included on the list and in its report must identify the possible environmental impacts. The Ministry circulates the notification for comment to government agencies and the public, and then determines if the project may go ahead or if an EIS is required. In the latter case, the Minister issues specific guidelines to the proponent, who then prepares the EIS and submits it to the Ministry. The EIS is distributed for technical review before a public hearing is held. Once the Ministry decides that the EIS meets its guideline requirements, it issues a Notice of Approval.

B. Switzerland

Under a 1983 statute, project proponents in Switzerland must do an EIA report for project classes identified by the Federal Council. The report must be in accordance with the guidelines set by the environment

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

agency of the canton or the EIA Handbook of the Federal Office of Environmental Protection (OEP). A pre-assessment identifies any negative environmental issues, which are then studied in detail, according to the EIA Handbook. The proponent submits the EIA report to the federal EIA Agency, which coordinates reviews by the OEP and other authorities, decides whether or not the project should proceed, and informs the public.

NEPA - ENVIRONMENTAL PROTECTION LEGISLATION OF THE UNITED STATES OF AMERICA

The U.S. *National Environmental Policy Act* (1970) was a congressional response to continuing pressures for the creation of an agency that would give an overview of environmental protection and conservation efforts, and permit the integration of existing environmental protection programs. This legislation has been considered by some to be a new "environmental Bill of Rights"; others have criticized the scheme, saying that its effectiveness is restricted to compelling full disclosure of environmental impacts.

A. The Process under NEPA

The important operational provisions of the bill are contained in section 102, which provides a congressional directive that policy, regulations and laws of the United States are to be interpreted and administered in accordance with the policies of the *National Environmental Policy Act* (NEPA). All agencies of the federal government are required under the section to apply a "systematic interdisciplinary approach which will insure the integrated use of the natural and social sciences and the environmental design arts in planning and in decision-making which may have an impact on man's environment."(6)

Agencies are instructed to develop methods and procedures, in consultation with the Council on Environmental Quality, which would

---

(6) NEPA, s. 102(2)(A).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

bring "presently unquantified environmental amenities and values"(7) into consideration in the decision-making process, along with economic and technical matters.

Finally, section 102 provides that every agency must include in every recommendation or report on proposals for legislation and other major federal actions that would significantly affect the quality of the human environment, a detailed statement on the environmental impact of the proposed action; any unavoidable adverse environmental effects; alternatives to the proposed action; the relationship between local short-term uses of the environment and the maintenance and enhancement of long-term productivity; and any irreversible and irretrievable commitments of resources that would be involved in the proposed action.(8)

The responsible official is required to consult with any federal agency that has jurisdiction or expertise with respect to any environmental impact involved. Administrative agencies are required to develop alternatives to a recommended course of action in any proposal with unresolved conflicts concerning alternative uses of available resources. Agencies are directed to consider the worldwide and continuing nature of environmental problems, and to cooperate with international programs in improving environmental quality worldwide. Agencies are also instructed to provide advice and information services to government agencies, state and local, and private organizations and to monitor and evaluate their environmental protection activities on a continuing basis.

B. The Council on Environmental Quality

Sub-chapter II of NEPA establishes the Council on Environmental Quality and provides for its powers and duties.(9) The President is required to transmit to the Congress an annual environmental quality

---

(7) *Ibid.*, s. 102(2)(B).

(8) *Ibid.*, s. 102(2)(C).

(9) *Ibid.*, ss. 201-207.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

report which is to contain an inventory of the environmental assets of the nation, a projection of the trends in the environmental area, and recommendations for programs and legislative initiatives. The Council on Environmental Quality (CEQ) is part of the Executive Office of the President, and is to advise the President in the preparation of this report by reporting at least once a year to the President on the state of the environment.(10)

A 1977 Executive Order empowered CEQ to issue regulations to federal agencies for the implementation of the procedural provisions of NEPA, including those governing the preparation of Environmental Impact Statements required by section 102(2)(C) of the Act. Those regulations were promulgated in November 1978, and federal agencies must comply with them unless compliance would be inconsistent with statutory requirements.(11) An EIS, addressed to the Environmental Protection Agency, must be submitted whenever federal agencies make recommendations or propose legislation, or whenever they are about to engage in major actions that might significantly affect the quality of the environment.

Although CEQ has been seen to be effective in a variety of coordinating and information functions, the CEQ has no power to direct specific actions by any federal agency, nor does it have the power to compel an agency to file an EIS. Nor can it reject an inadequate or incomplete EIS, although it has sometimes commented on an incomplete statement. The Act has been found to fall far short of creating a body with the "ombudsman function" that proponents had called for in earlier proposals.(12)

C. Procedural Regulations

Several features of the 1978 regulations on NEPA procedures have influenced the effectiveness of the NEPA scheme. Lead agencies are

---

(10) Frank P. Grad, *Treatise on Environmental Law*, Vol. 2, Matthew Bender & Co., New York, 1989, p. 9-13.

(11) *Ibid.*, p. 9-15.

(12) *Ibid.*, p. 9-18.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

encouraged to set time limits on the NEPA process, to cooperate with other agencies with overlapping jurisdiction, to integrate the NEPA process into planning at the earliest possible stage, and to avoid repetition of material common to many actions.

The "scoping" process introduced in the 1978 regulations is intended to define the scope and emphasis of the EIS in advance of its preparation, to help identify environmental review requirements imposed by laws other than NEPA, and to allocate responsibilities among cooperating agencies. Affected agencies and the public must be invited to participate in the scoping process.

D. The Requirements of Environmental Impact Statements

An EIS is required in every instance that involves "major federal actions significantly affecting the quality of the human environment."(13) The line between major federal action and less-than-major federal action remains unclear. In some instances, Congress has indicated that a certain activity does not involve a major federal action by including in legislation a specific provision making reference to NEPA.(14) "Major federal action" is defined in the regulations issued by the CEQ to include actions with effects that might be major and that are potentially subject to federal control and responsibility. "Major" is defined to reinforce but not necessarily to have a meaning independent from "significantly," and "significantly" is defined to require both consideration of the context of the action and the intensity of its impact. Factors to be considered in evaluating "intensity" (i.e., the severity of the impact) are listed; they include effects on public health, the unique nature of the area affected, the extent of controversy about the effects, the extent to which the action may establish a precedent, effects on threatened or endangered species, and any violation of other environmental protection law.

---

(13) NEPA, s. 102(2)(C).

(14) Grad (1989), p. 9-46.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

An EIS is also required in any recommendation or report on proposals for legislation. The term "action" is defined in the regulations as including new and continuing activities; projects and programs entirely or partly financed, assisted, conducted, regulated, or approved by federal agencies; new or revised agency regulations, policies or procedures; and legislative proposals, excluding funding assistance by revenue-sharing funds over which there is no agency control.

In determining whether a relatively minor activity "significantly" affects the environment, the issue of its "cumulative impact" has been examined. This means its impact when added to that of other past, present and reasonably foreseeable future actions.

E. The Threshold Determination

The requirement that an EIS be filed for these major federal actions raises a threshold question of whether the proposed action will have a significant impact on the environment; this question must be answered before the procedures under section 102 are carried out, though there is an obvious difficulty in doing so before the agency has had an opportunity to look into all the consequences of the action through the section 102 process. Determinations of agencies have been held to be susceptible to court intervention only if the decision to proceed without an EIS was arbitrary, capricious or contrary to law. This meant that the decision had to have been based on a reviewable record and that the public must have been given an opportunity to have notice and be heard.(15)

Other tests for the threshold determination have been declared by the courts, including the "rational basis test,"(16) and the holding that a full evidentiary hearing ("de novo") may be required if the record before the agency is considered inadequate.(17)

---

(15) *Hanly* v. *Kleindienst*, (1973) 409 U.S. 990, cited in Grad (1989), p. 9-56.

(16) Grad (1989), p. 9-61.

(17) *Ibid.*, p. 9-59.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Section 101(a) of NEPA requires that the EIS include social, economic and other non-physical impacts; priority has been given to economic factors. The courts have generally held that there must be some physical impact on the environment in order for an EIS to be required; neither psychological nor socio-economic impacts in themselves have been sufficient. The impacts of projects involving designated historic sites or identified archaeological sites must be considered by federal agencies, and will necessitate an EIS.

F. Legislative Proposals

Section 102(2)(C) requires an EIS to be filed with each report or recommendation of a proposal for legislation. It has been suggested that there is little evidence that NEPA has had any significant effect on the legislative process. To date, almost every EIS has supported legislative plans of action, and has involved administration plans to improve the environment; few have been filed in connection with legislation that may have adverse effects on the environment. Thus far, no court has invalidated legislation on the grounds that the EIS has not met requirements. Budget reports and appropriation requests have conclusively been held not to be "proposals for legislation."(18)

Of the numerous cases examined, actions which have been held to merit an EIS include: highways; power plants; public water works projects; urban renewal and housing projects; pesticide or herbicide projects; transportation projects; public institutions and buildings; and projects resulting in job elimination.

For complex projects of very major scale, whose impacts are best considered together rather than through a separate EIS for each of the various parts, the concept of Program Impact Statements has arisen. This term does not appear in NEPA, but it has been developed to streamline the reporting of complex projects involving the impacts of various components

---

(18) *Ibid.*, p. 9-80, referring to *Andrus* v. *Sierra Club*, (1979) 442 U.S. 347.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

of the major action. Program Impact Statements have been advocated as a means of raising environmental factors at an early stage of agency policy-making. However, in *Kleppe* v. *Sierra Club*, the U.S. Supreme Court held that an EIS is required only where an action is proposed for a particular region, and that any report must be current as at the date of the proposal (i.e., the EIS should not precede the formalized proposal).(19) This ruling virtually defeats the intended purpose of Program Impact Statements, as it renders it impossible to include environmental impact considerations early in the planning process of a multi-pronged project or policy proposal.

G. Filing and Publication of Statements

The regulations under NEPA have divided the filing process into two parts: an initial filing of a draft EIS, which is to be circulated for comment; and the subsequent filing of the final statement. The final EIS, along with comments and responses, must be filed with the Environmental Protection Agency (EPA) at the same time as it is transmitted to commenting agencies and made available to the public. The EPA publishes lists of statements received in the Federal Register. Each agency also has a responsibility to ensure that the public is fully informed that the EIS is available for comment.

Any comments received by the agency must also be made public. No administrative action of the type subject to the EIS requirement may be taken before 90 days after the draft EIS has been circulated for comment and sent to the EPA. After the final EIS is sent with comments to the EPA, other agencies and the public, there is also a limit of 30 days before action may be taken. An agency may shorten the total time period, however, by filing the final EIS before expiry of the initial 90-day period. These arguably liberal time limits are constricted by the time sequence required for public participation, and they can be manipulated by an agency wishing to forestall public involvement in the evaluation process and its attendant delays.

---

(19) (1976) 427 U.S. 390, cited in Grad, p. 9-107 - 9-115.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

H. The Effectiveness of the Environmental Assessment Regime of NEPA

The NEPA does not create an environmental Bill of Rights, nor does it create any new substantive or procedural rights. Throughout numerous instances of judicial interpretation of the Act, the courts have rejected litigants' efforts to find in it a basis for private, substantive rights of action. NEPA does, however, provide the following new bases for review of administrative actions, thereby creating new rights.

1. Procedural aspects of NEPA: The courts have included in their review function an examination of whether the procedural requirements of NEPA had been fully met, and will compel compliance with the Act's procedural requirements. However, the courts have generally abstained from their making a determination on the merits of a project, on the basis that the agencies are best qualified to do so.

2. The decision to proceed with a project: NEPA is not a decision rule; this means that a court cannot rely on NEPA to prohibit the agency from proceeding with a project. The demonstration of negative environmental impact may, however, provide political ammunition against a project, or it may dissuade an agency from proceeding, or it may even provide a basis for preventing the project under some other legislation. Nor will the courts impose mitigation requirements on agencies proceeding with projects.

3. New procedural rights:

   (a) Standing - all persons have been held to be within the zone of interests protected by NEPA, meaning that an interested person or group need only show injury to aesthetic and environmental values, even though such injury may be small or remote, as long as it gives the person a direct stake in the outcome of the litigation and adequately distinguishes that person from one with a "mere interest in the problem."(20)

---

(20) *United States* v. *SCRAP*, (1973) 412 U.S. 669, cited in Grad (1989), p. 9-236.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Standing was denied where the plaintiffs asserted prior uses of privately owned highland areas; it was held there was no injury, such as would give the individuals standing, due to any impairment of their use of the highlands.(21)

The question of whether a purely economic interest should enable a party to have standing to make a case under NEPA has been discussed in a number of cases, in a few of which standing was refused because the plaintiff's injury was purely economic. In one case, a plaintiff's NEPA case was characterized as "spurious" because his primary intent was to protect his business rather than the environment.(22)

(b) Remedies - Injunctions - The Act contains no reference to remedies. There is no indication in NEPA of what will happen if an agency fails to comply with its provisions. However, this has not presented a problem to plaintiffs or to the courts; injunctions have invariably been the remedy sought, and frequently granted. In an action for an injunction, where the plaintiff can show that the action meets the statutory requirement of "major federal action having significant impact on the environment," and no EIS, or an inadequate EIS, has been filed, an injunction will be issued almost invariably, as being the only possible remedy to prevent possibly irreversible harm to the environment.

The question has also arisen of what remedy is appropriate where the agency has failed to comply with commitments made in its EIS. The courts have answered this question in several ways, including damages and mandamus orders. They have had difficulty determining their power to grant remedies and have called for a legislated solution.(23)

---

(21) *Conservation Council of North Carolina* v. *Constanzo,* (1974) 505 F.2d 498, cited in Grad (1989), p. 9-237.

(22) *Piritz* v. *Volpe,* (1972) 467 F.2d 208, cited in Grad (1989), p. 9-244.

(23) Grad (1989), p. 9-250.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

(c) Defences - Most cases decided under NEPA have turned on an application of the substantive issues under the Act. Defendant agencies have not had much success in relying on such defences as sovereign immunity, laches, and ripeness or exhaustion of administrative remedies. The laches defence has been successful in cases where the project was so near to completion that compliance with NEPA would not have been effective in preventing harm to the environment.

4. Extra-territorial Application: The courts are generally moving in the direction of applying NEPA to international projects carried out by American agencies, and to projects having extra-territorial effects. Although the courts have applied NEPA to many projects abroad, few have handed down rulings.

5. "Little NEPAs": Many states have enacted environmental protection statutes which closely parallel NEPA and have accordingly been called "little NEPAs." Because of the similarity of the Acts, judicial interpretation of state legislation has been applied to NEPA, and vice versa. This could result in the expansion of the scope of NEPA. For example, the California courts have allowed that state's *Environmental Quality Act* the broadest possible interpretation, and have included in its scope regulated private activity, ongoing projects (where commercially feasible to do so), and major modifications.(24)

I. General Remarks

Commentators have concluded that NEPA has been an unexpected success story, having had much greater impact than was probably intended by its drafters and Congress in 1970, when it was passed. Even on its face, NEPA is an unlikely statute to have so significantly changed the administrative procedures of agencies, the relationship of courts to federal agencies, and the relative power of public interest groups and government.(25) The degree of change is surprising because the Act is almost

---

(24) *Ibid.*, p. 9-314.

(25) *Ibid.*, p. 9-285.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

completely lacking in administrative machinery. Its operational provisions are inadequate to fulfill its statements of policy, and the Act did not create any authority to enforce the obligations it imposed on federal agencies.

Supporters of the NEPA scheme of environmental assessment have commented that "NEPA has brought the technical precision of science to bear on resources decision making"; that NEPA has "imported environmentally sensitive officials into previously insensitive bureaus"; and that NEPA has "opened up otherwise parochial agency decision processes to the cleansing light of public scrutiny and review."(26)

Paul Culhane, in his study of the accuracy of EIS forecasts, reviewed the NEPA experience for accuracy in predicting impacts and the degree to which the process has in fact brought the "technical precision of science" to bear. Like academics, public and inter-agency commentators and judges, he noted that EIS forecasts were often too vague even to allow their accuracy to be gauged.(27) While very few impacts turned out to be inconsistent with the forecast, only about a third of the forecasts are said to have been "tolerably accurate." Culhane concluded that probably the best result of NEPA is that federal agency decision-making has been opened to public and inter-agency scrutiny.

NEPA's effectiveness has arisen from the willingness of the courts to treat the Act as the starting point for weighing the competing claims of development and environmental interests. However, the environmental assessment process that has evolved is cumbersome, time-consuming and expensive. Over 20 years of experience with NEPA have clearly forced agencies to become more aware of the environmental impacts of their activities; however, it remains unclear whether they are making more environmentally sound decisions.

---

(26) Paul J. Culhane, "Decision Making by Voluminous Speculation: The Contents and Accuracy of U.S. Environmental Impact Statements," in *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience, Volume II*, Minister of Supply and Services Canada, 1987, p. 357.

(27) *Ibid.*, p. 375.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Concern that agencies have learned to prepare an EIS routinely for their projects has led commentators to suggest that the statements fail to meet their objective of a clear, fresh look at a project in the light of its environmental consequences. Many also question the effectiveness of an environmental assessment system that creates such profuse litigation; in 1975 alone, there were 30,000 administrative actions to determine the need for an EIS.(28)

ENVIRONMENTAL ASSESSMENT LEGISLATION OF COUNTRIES OF THE PACIFIC RIM

A. Australia

The *Environment Protection (Impact of Proposals) Act* (1974) and its Administrative Procedures (1975) apply to Commonwealth of Australia (Commonwealth) projects, state projects directly funded by the Commonwealth, and all state or private projects requiring Commonwealth approval.(29) Commonwealth agencies decide on the significance of their own projects' environmental impacts. If there are deemed to be no harmful effects, the project is permitted to proceed. If the Action Minister judges there may be significant harmful impacts, the project is submitted to the Minister of Environment and Development. The Department can decide there is no need for an EIS, but only the Environment Minister, using criteria in the Administrative Procedures, can order that one be prepared.

The project's proponent and the Department of Environment and Development determine the contents of the EIS. The Minister may decide to make the draft EIS available to the public and to set up a Commission of Inquiry, which arranges for the technical review of the EIS and holds quasi-judicial public hearings. The Commission submits a report on the review to the Minister, who must provide a copy to the proponent. The proponent must revise the EIS and submit final copies to the Department,

---

(28) Grad (1989), p. 9-291.

(29) An Act of the Commonwealth is akin to a federal statute in Canada, with regulations passed pursuant to it.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the Commission, to any Department or person who made written comments, and to the public. The Department, or the Minister, may make suggestions or recommendations to the Action Minister or the Department concerning the proposal and mitigating measures. All ministers and their departments must ensure that the EIS and related recommendations are taken into account while the project is carried out.

The Minister may exempt a proposal when the procedure would be prejudicial to national security or interests, affect confidence on commercial or other interests, or would be contrary to the public interest. There is nothing in the Australian system comparable to panels, mediation or participant funding.

The application of the EIA process in Australia is largely within the discretion of the minister responsible for the particular department with control over the proposed activity.(30) The minister of the federal environment department does not decide whether or not the process will be applied, but where it is applied, the process is administered by that department, there being no separate agency such as FEARO.

The Australian legislative scheme of environmental assessment was not intended to be subject to judicial review. The Australian government did not wish to repeat the American experience under the *National Environmental Policy Act* (1970) ("NEPA"), which was perceived to have caused a flood of litigation.(31) There are no provisions in the Australian Act giving "ordinary citizens" standing to challenge government actions or to enforce the Act. The courts have limited standing to narrow classes of persons, such as those having more than a mere emotional or intellectual interest, which has meant those having a financial interest. This makes it difficult or impossible for interested groups or individuals to resort to the courts to protect environmental objects by restraining government action.

---

(30) Ben W. Boer and Donna Craig, "Federalism and Environmental Law in Australia and Canada," *Federalism in Canada and Australia: Historical Perspectives, 1920-88*, Frost Centre, Peterborough, 1989, p. 307.

(31) *Ibid.*, p. 308.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The constitutional framework has served to weaken or discourage federal legislative initiatives in Australia, since pollution control and environmental protection measures have been within the constitutional competence of the state governments. The first federal statutes relating directly to the environment were enacted by the Labour Government, starting in 1972.(32) These initiatives, which included statutes mandating the preservation of heritage areas in several states, have been upheld by the courts. These cases recognized that the federal government is able to extend legislative power beyond what had until then been considered legally possible.

Most of the Australian states have enacted procedures similar to those of the Commonwealth Government. The exception is New South Wales, where the *Environmental Planning and Assessment Act* (1979) links EIA to the state's land-use planning process. The Act makes three classes of projects, including designated (mandatory EIS), non-designated, and prohibited. A proponent must submit an EIS with an application for designated public and private projects to the decision-making authority, and the public must also be informed. Even for non-designated projects, it is preferred that the applications address environmental impacts. If there are potential adverse impacts, a project may not proceed until an EIS review. After receiving public objections, the Department reviews the EIS and reports its findings to the determining authority. The report is then made public. The Minister may require an inquiry into the project's environmental impacts and, when it is in the public interest, has the power to stop any project, designated or non-designated, and may require the proponent to follow procedures, including a public inquiry.

Critics of the planning system under this legislation in New South Wales have commented that its effectiveness has been hampered by the dominance of spot rezonings and ad hoc development control.(33) Unlike a

---

(32) *Ibid.*, p. 109.

(33) J.F. Whitehouse, "Discretion in Environmental Planning: New South Wales Experiments," (1985-6) University of West Australia Law Review, Vol. 16, p. 292.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

policy-based system, which makes clear the value choices involved in planning decision-making, the scope of this system is limited to reactive decision-making, which provides no guidance for the exercise of discretion in the development control process. This risk is inherent in a system which relies on the pre-existing land use planning regime.

New South Wales is the only Australian jurisdiction in which the EIA scheme could be interpreted as requiring the inclusion of social impacts in the scope of an EIA. The assessment of social impacts could not be said to have become a "focal concern" of Australian federal environmental policy, either directly or indirectly.(34)

B. Japan

In Japan, the Minister responsible for the Environment Agency reports to Cabinet through the office of the Prime Minister, and does not have a place at Cabinet comparable to that of the other Ministers. Although Japan has had stringent pollution-control laws since the early 1970s, efforts to pass an environmental assessment law have been thwarted by the powerful economic Ministries. Environmental assessment is done under Cabinet policy. Designated major projects require an EIA, and about 200 are done each year. The process is similar to that of the U.S. NEPA, but is less formal, involves less public participation, and is not accountable to the courts.

C. New Zealand

New Zealand's *Environment Act 1986* was introduced on 15 July 1986 and is now in effect. New Zealand is clearly a world leader in environmental assessment (EA) legislation; the new scheme provides an independent Parliamentary Commissioner for the Environment with powers to initiate investigations, order information and report to the legislature on any policy, program or project. EA is not done separately, but as part of the land-use planning system. There are no panels comparable to those in

---

(34) Boer and Craig (1989), p. 313.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Canada, but regional authorities may hold hearings. A prominent position is given to the rights of aboriginal people.

The scope of the Act includes:

(1) all government departments' works and policies which may affect the environment;

(2) all private actions which may affect the environment, if financed in whole or in part by the government;

(3) all statutory boards, corporations and commissions' works and policies which may affect the environment; and

(4) the granting of licences, permits and authorizations pursuant to one of 16 specifically enumerated Acts, and other Acts as determined by the Minister for the Environment by agreement with the Minister responsible for the legislation in question.

The EIA process also applies where statutory consents are being sought under the *National Development Act*. Every application must be accompanied by a statement of the economic, social and environmental effects of the proposed work, and an Environmental Impact (EI) Report (EIR) and Audit are mandatory requirements in the event that an application is successful. Five other pieces of legislation, including Acts related to clean air, soil, water and public works, are listed, and where consents are sought under one of these, documented information on the environmental implications of the proposal may be required.

EIA is described as a process whereby a conscious and systematic effort is made to assess the environmental consequences of various options which may be open to the decision-maker, including the option of doing nothing. It must begin at the inception of a proposal, when there is a real choice between various courses of action. EIAs are to:

(1) determine the environmental impact of possible actions in order to enable a choice to be made between various options;

(2) determine whether or not the possible actions would affect the environment significantly and would require the preparation of an environmental impact report; and

(3) determine whether or not any measures should be taken to improve the environment, minimize or avoid damage to it in the course of developing or implementing a proposal, irrespective of whether or not an environmental impact report has been or is to be prepared.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The costs of a project's environmental implications are to be included in the estimates and costs of a proposal.

An EIR is a written statement describing the ways of meeting a certain objective (or objectives) and their environmental consequences. It must set out, with supporting documentation, the environmental consequences of a proposed action and of the alternatives to it, and ways of avoiding or alleviating any harmful environmental consequences. Normally, it is the responsibility of the promoting organization to prepare the EIR and a series of 12 questions are prescribed for its guidance. The issues to be covered include the effect on the physical area; the existing communities; living conditions or quality of life; plant or animal species; scenic, recreational, scientific or conservation values; stimulation of further developments; and historical or archaeological areas or structures. Substantial public interest, the project's demands on resources, and pollution problems are also to be considered.

If a Department does not propose to prepare an EIR, but the Commission for the Environment believes that one should be prepared, the Minister for the Environment may so direct. Notice of intention to prepare an EIR, including a short written description of the proposal and an initial assessment of its environmental impact, must be given to the Commission for the Environment in writing by the Government agency or organization. The Commissioner for the Environment may issue public notification of the information. The EIR should be prepared in sufficient time to ensure that all processes, including audit by the Commission for the Environment, are completed before the deadline for a decision by the authority that would commit resources to the proposal. The Act includes provisions for publication of notices regarding a completed EIR, and for calls for submissions from the public.

On the authorization of the relevant Minister, the EIR must be forwarded to the Commission for the Environment for audit. An EI audit is the document providing the Commissioner for the Environment's independent opinion on the environmental implications of the proposal. Where a proposal which has been the subject of an EIR is submitted for approval, it must be accompanied by the audit. If approved without

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

conditions, the project is implemented by the proponent, who is responsible for ensuring that the environmental provisions are adhered to. If conditions have been attached to the approval, the responsible department must discuss with the Minister for the Environment how they are to be observed.

The Commissioner for the Environment, who is appointed by the Governor-General, is independent of the Parliament (i.e., must not be a Member of Parliament or of any local authority). His or her powers include that of requiring anyone to furnish information or documents related to an investigation, and to summon individuals before the Commission. The Commissioner may, at the request of the House of Representatives, report on any bill whose subject matter might have an effect on the environment, or any matter which might have a substantial and damaging effect on the environment.

No participant funding is provided in the New Zealand scheme. A Schedule listing 21 statutes is attached to the Act, and the definition of "consent" makes specific reference to consents, authorizations or permits sought pursuant to one of the enumerated statutes.

COMPARISON OF INTERNATIONAL SCHEMES WITH THE PROPOSED CANADIAN SCHEME

In order to determine the effectiveness of the environmental assessment regime proposed for Canada in Bill C-78, it is useful to compare each of its elements with similar provisions of schemas in other countries, and the extent to which those provisions have proved effective. Of course, many of the features examined here will be considered positive by some observers, but negative by others. No clear answer, in terms of which legislation is "best," can easily be found.

Almost all the legislative schemes outlined and reviewed here contain some element which would improve the effectiveness of the legislative regime proposed for Canada. The following analysis will compare specific types of provisions in environmental assessment legislation, and make some general observations.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

A. Scope

All the environmental assessment regimes examined here are legislative ones, with the exception of some in countries of the European Community that have not yet implemented the European Directive, and that in Japan. This is particularly interesting, given that a legislated scheme will be a new development for Canada. Until Bill C-78 (or any successor proposal) is passed, Canada's federal environmental assessment process is governed by the 1984 *Environmental Assessment Review Process Guidelines Order* (EARP), which is a Cabinet Order in Council and not a legislative instrument. It has been held by the Federal Court of Appeal to have binding effect, however, similar to that of legislation.

The scope of the environmental assessment regime that would be established by the passage of Bill C-78 will not be determined until all the Regulations provided for in the bill have been formulated and passed. These Regulations will set out lists of projects for which mandatory assessments will be required, and lists of projects and acts which will be excluded from the process, because they will have negligible environmental effects, or involve national security, have minimal federal involvement, or are deemed to be activities for which assessment would be "inappropriate."

The definition of "projects" for which Bill C-78 would require assessment has been criticized as being too narrow. In fact, it refers to "physical activities," a term which is not defined, but which seems to preclude assessment of non-physical activities. The scope of NEPA, the American legislation, would seem to be broader because it requires an EIS in every instance that involves "major federal actions significantly affecting the quality of the human environment." "Major federal actions" are those whose effects may be major and those which are potentially subject to federal control and responsibility. There is no exclusion of non-physical actions.

Under Bill C-78, projects proposed or financed by a federal authority or requiring the transfer of federal land or some federal permit or licence would be caught. The scope of the Australian and New Zealand legislation is similar, although that of the New Zealand legislation is somewhat broader. Of the schemes in Australian jurisdictions, only that in

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

New South Wales could be interpreted as requiring the inclusion of social impacts. Policy decisions are expressly included in the triggers to assessment under the New Zealand legislation.

Bill C-78 would apply to those projects which are considered to include "statutory exercises of power by federal authorities," as listed in Regulations pursuant to section 55, and those not on the lists of exclusions. Transboundary effects can also be assessed at the request of the Minister of the Environment, or the request of a party. There are provisions for this type of specific inclusion and exclusion in most of the foreign legislation, as well. Under NEPA, the U.S. Congress can exclude certain activities by specific reference in other legislation. For example, the legislation establishing a major project could include the provision that the project is exempt from NEPA.

The EC Directive, which has been implemented to varying degrees by the Member States of the Community, covers two classes of public and private projects which are listed in two Annexes to the Directive. Those in Annex I must be included in mandatory lists in the legislation of the Member States, and those in Annex II should be assessed when Member States "consider that their characteristics so require." Member States can exclude projects listed in Annex II, but if they do so they must inform the EC Commission and the public.

The assessment of private projects under European legislation is an expansion of the scope of proposals in Bill C-78. Though NEPA has also been applied to some private activity, it does not contain any specific reference to it and nor does Bill C-78. NEPA's scope is broader than that of Bill C-78 in that it catches both policies and proposals for legislation. This results from NEPA's definition and interpretation of "action," which is much broader than the definition of "project" in Bill C-78.

The existing scheme in Canada, under the EARP Guidelines Order, applies to "projects having effects on areas of federal jurisdiction." Projects which would have been caught under this part of EARP may not be caught under Bill C-78, which can thus be seen as narrowing the scope of Canada's federal environmental assessment regime. Depending on

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the level of implementation of the EC Directive by European Member States, this gap may or may not exist in the countries of the European Community, but it does appear to be present in the American system, which applies to "federal actions." Interestingly, however, NEPA may have been interpreted broadly enough to have closed this gap, in that it has been applied to private activity.

B. Environmental Factors to be Considered

Of the regimes examined here, only Bill C-78, NEPA and New Zealand's *Environment Act 1986* contain specific reference to "cumulative effects." The cumulative environmental effects of actions have been examined under NEPA, and Bill C-78 specifically includes them in the list of factors to be considered by review panels, mediators and in screening and mandatory study.

Since the report of the Brundtland Commission was released in 1987,(35) the words "sustainable development" have been seen as a prerequisite to the formulation of environmental protection policy and legislation. Many commentators on Bill C-78 have expressed the view that this concept should be reflected in the bill. Although the expression "sustainable development" does not appear in the legislation, drafters of the bill and the Minister himself have said that the bill's provisions represent an attempt to embody the principle, without contributing to confusion about its meaning.

The words "sustainable development" are not mentioned in the legislation of New Zealand, the United States, or Europe. In NEPA, although there is no specific reference to it, the concept seems to be present in the reference to the relationship between local short-term uses of the environment, and the maintenance and enhancement of long-term productivity, and irreversible and irretrievable commitments of resources. One of the functions of the Parliamentary Commissioner for the Environment

---

(35) World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford University Press, U.K., 1987.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

in New Zealand is to review the government's resource allocation and use systems with the objective of improving the quality of the environment: the list of "matters to which regard is to be given" is very broad, and covers all environmental effects, short and long term, direct and indirect, adverse or beneficial, or cumulative.

Although a desire to have the words "sustainable development" in the Canadian legislation has been expressed nearly unanimously by environmentalist commentators, others have questioned the value of including these words. *Our Common Future* makes a commitment to rapid economic growth in industrial and developing countries, and states that limits to economic growth are imposed only by the present state of technology and social organization. The report has been criticized as "fluffy environmentalism,"(36) and as being so anxious to accommodate industry and big business that it risks missing the critical need for change if we are to be protected from the looming environmental crisis.

Clearly, adoption of the terminology is not without controversy, and would not in itself ensure the effectiveness of an environmental assessment regime. Any adoption of the terminology must be accompanied by an understanding that we cannot fail to protect the environment even in the name of economic development; such an understanding would represent a real step toward the goal of "development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs."(37)

A crucial factor in this type of legislation is its definition of "environment." In Bill C-78, the term "environmental effects" includes both changes to the environment and effects on health and socio-economic conditions, but this definition is sufficiently narrow to exclude cultural impacts. It may be interpreted even more narrowly, given

---

(36) Joyce Nelson, "Deconstructing Ecobabble," *This Magazine*, Vol. 24, September 1990, p. 14.

(37) J. Anthony Cassils, "Structuring the Tax System for Sustainable Development," *The Legal Challenge of Sustainable Development*, J. Owen Saunders, ed., Canadian Institute of Resources Law, Calgary, 1990, p. 141.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

that the definition in the bill of "environment" is restricted to biophysical elements.

Under NEPA, factors to be included in evaluating the intensity of environmental impact include effects on public health, the unique nature of the area affected, and the extent of controversy about effects, which together could encompass more than just the biophysical environment. Section 101(a) of NEPA requires an EIS to include social, economic and other non-physical impacts, including protection of historic or archaeological sites. This is clearly much broader than the scope of Bill C-78.

The scope of environmental assessment under the EC Directive is also broader than that of Bill C-78. The Directive covers impacts on the biophysical environment, including human beings, flora and fauna, water, soil, air, climatic factors, the landscape, material assets and cultural heritage.

C. Process

Bill C-78, NEPA, and the EC Directive are all self-assessment models. This means that the government department primarily responsible for the initiative is also responsible, at least to some extent, for the environmental assessment. In the process proposed by Bill C-78, there would be three components: a screening or mandatory study determination; mediation or a panel review; and follow-up.

Under NEPA, agencies prepare the EIS according to methods developed in consultation with the Council on Environmental Quality (CEQ). The EIS is filed with the Environmental Protection Agency (EPA), but initiating agencies still have decision-making power. The courts cannot order the agency not to proceed with a project. There is no mediation or panel review, but there is frequent judicial review of administrative decisions. The courts have not really pronounced on the consequences of agency failure to comply with commitments made in the EIS, so the enforceability of any follow-up provisions is questionable.

In Europe, Member States who have schemes based on the EC Directive must have a process of self-assessment and public reporting

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

designed to incorporate environmental considerations in the planning process. None of the States' systems involves panel reviews or mediation. Monitoring may be provided in the Netherlands, but is not required elsewhere.

As part of the environmental assessment regime in New Zealand, regional authorities may hold hearings, but there is no panel review requirement. In Australia, hearings by a panel are not required, but the Minister of the Environment and Development may decide to set up a Commission of Inquiry to hold a quasi-judicial public hearing.

D. Who Decides?

Under Bill C-78, the review panel would submit a report to the responsible authority and the Minister of the Environment. The responsible authority would be required to act on the report by allowing the project to proceed, or prohibiting it from doing so where it considered that the environmental effects could not be justified or mitigated. However, if the responsible authority decided to permit a project to proceed, it would only have to ensure that those mitigation measures it considered appropriate be implemented.

In the U.S., the threshold determination is made by the implementing agency, and will be subject to court intervention only if the decision is capricious, arbitrary or contrary to law. The NEPA scheme is not a decision rule, which means that the final decision is within the agency's authority, the court cannot order the agency not to proceed with the initiative or order mitigation steps to be taken.

In the European Community, decisions are ultimately made by the local planning authority or the competent authority, rather than by an independent agency. Similarly, in Australia the Minister of the responsible department makes the ultimate decision, even after a Commission of Inquiry has reported.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

E. Follow-Up

Under Bill C-78, the responsible authority would have to design the follow-up program and arrange for its implementation. However, there is no mention of enforcement of such a program, or any mitigation promises or requirements. There is no offence provision in Bill C-78, which would be one option for the enforcement of the requirement for a follow-up program and any commitment to perform mitigation measures. Such an enforcement provision is included in the *Canadian Environmental Protection Act* (CEPA), R.S.C. 1985, c. 16 (4th Supp.).

Implementing agencies in the U.S. are required under NEPA to monitor and evaluate their environmental protection activities on an ongoing basis. However, the enforcement capabilities of the courts are largely untested. On the other hand, commentators have noted the surprising effectiveness of the scheme, which has resulted mainly from active and widespread public concern, and the activism of the judiciary and environmental groups.

Specific mention of follow-up is missing from the EC Directive regime. Follow-up can be included in the Netherlands, but is not required. In other EC countries, government and public groups are permitted to appeal the decision of the competent authority, but there is little or no access to the courts. There is no specific provision for follow-up in the Australian system, while in New Zealand monitoring is the function of the Parliamentary Commissioner for the Environment.

F. Judicial Review of Decisions

One controversial element of Bill C-78 is the possibility for judicial review of decisions made pursuant to it. Because the bill is largely framed in mandatory language, such as the frequent use of the word "shall" where the word "may" might have been used, some consider that failure to fulfil obligations by the responsible authority or another decision maker would enable the courts to substitute their opinions. Critics of the bill, however, have underlined the use of the phrase "in the opinion of the responsible authority," which frequently follows the word

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

"shall" in the bill (e.g., section 16). The creation of such discretion in the responsible authority might prevent the courts from interfering with its exercise. Particularly in the light of judicial interpretation of the 1984 EARP Guidelines Order, it is difficult to predict how this phraseology will be interpreted by the courts.

As mentioned above, there is little or no access to the courts in countries of the European Community, with the exception of the Netherlands, while the legislation in Australia is specifically intended not to be subject to judicial review. The American legislation, NEPA, on the other hand, has opened the way to numerous reviews of administrative decisions, leading to what has been perceived as a flood of litigation.

Under NEPA, the courts have compelled compliance with the Act's procedural requirements, granted standing to individuals who could show injury even to aesthetic or environmental values as long as they had more than a "mere interest" in the problem, and have applied NEPA to many projects with extra-territorial effects. Because the Act's focus is on the litigation process, however, critics have charged that agencies are oriented solely to preparation of documents in anticipation of litigation, rather than towards incorporating environmental considerations in the planning process. It may be that agencies, while learning to avoid litigation and its costs, are not necessarily learning to avoid the environmental costs of unsound development.

G. Powers of the Minister

The Minister of the Environment under Bill C-78 would have no power to stop or cancel a project. He or she might issue guidelines and codes of practice, establish advisory bodies, enter into agreements with other jurisdictions, and appoint panel members and mediators. One recommendation by critics of Bill C-78 is that the Minister of the Environment should have the power to stop a project that is not complying with mitigation requirements or poses some other environmental hazard. Other critics have asked for this power to be vested in an independent authority similar to the Parliamentary Commissioner for the Environment in New Zealand.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Under NEPA, there is no equivalent to a Minister of the Environment, in that the agencies responsible for projects retain decision-making power. No individual government members are vested with the power to stop or cancel a project under the EC Directive, nor can any one Minister order reviews of projects or decisions.

New Zealand has established the office of the Parliamentary Commissioner for the Environment, who is independent of Parliament, and whose powers include those of requiring anyone to furnish information or documents, and of summoning individuals. The Commissioner may report on any bill whose subject matter might have an effect on the environment, or on any matter that might have a substantial and damaging effect on the environment. A Ministry for the Environment is responsible for ensuring that all legislation complies with the objectives of the *Environment Act 1986*, and for ensuring that adequate provision is made for public participation and the management of New Zealand's natural resources.

In Australia, the application of the EIA process is within the discretion of the minister responsible for the department controlling the project; the federal Minister of the Environment does not decide whether or not the process will be applied. In New South Wales, when it is in the public interest, the Minister of the Environment has the power to stop any project and may require the proponent to follow environmental assessment procedures, including the holding of a public inquiry.

H. Independent Agency

Bill C-78 would establish a new federal agency, the Canadian Environmental Assessment Agency, to administer the environmental assessment process and promote research. The Agency would report to the Minister of the Environment.

In the United States, the CEQ, which is within the President's Executive Office, advises the President on the preparation of his annual report to Congress. The implementing agency sends an EIS to the EPA, which then publishes and circulates it.

A more independent form of agency exists in the Netherlands; the EIA Commission comprises 200 environmental experts, who work

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

with the competent authorities and proponents to determine the scope of the EIA, and to review it once it has been prepared by the proponent.

In Australia, there is no separate agency, the environmental assessment process being administered by the federal department of the environment. The New Zealand independent Commission for the Environment is the most powerful and independent model examined here. It audits EIRs and conducts hearings convened by the Parliamentary Commissioner for the Environment.

I. Annual Report

The Minister of the Environment would be required under Bill C-78 to table in the House of Commons and Senate an Annual Report on the activities of the Canadian Environmental Assessment Agency, and the implementation of the environmental assessment process. The Report would have to include a statistical summary of all environmental assessments.

In the United States, the President makes an annual environmental quality report to Congress, assisted by the CEQ. The Parliamentary Commissioner in New Zealand may be requested by the House of Representatives to report on any bill or other matter which may have a damaging effect on the environment. The Commissioner, regardless of other reports, must each year report to the House of Representatives on the performance of his or her functions under the *Environment Act 1986*.

J. Constitutional Division of Powers

Bill C-78 asserts the federal government's jurisdiction to legislate in the area of environmental assessment. Environmental issues are divided between areas of federal and provincial competency in Canada, but there would be clear authority for the federal jurisdiction over environmental issues as claimed in the form of Bill C-78. Federal constitutional bases for authority over environmental assessment include the following:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

(1) trade and commerce;
(2) criminal law;
(3) seacoast and inland fisheries;
(4) Indians and lands reserved for Indians;
(5) federal spending;
(6) federal property; and
(7) peace, order and good government.

The peace, order and good government power may be the most important of these, as it allows the broadest federal jurisdiction, and may permit the most far-reaching and effective environmental protection legislation. Some critics of Bill C-78 have suggested that the constitutional bases for the bill be set out in its preamble.

NEPA applies to federal agencies only. It has, however, been influential with regard to the environmental assessment regimes of the states, most of which have passed legislation based on NEPA.

In the European Community, the EC Commission has no authority to legislate within the Member States, who are, however, compelled within certain time limits to pass legislation based on the Directive passed by the Council of Ministers. The Member States will modify the legislation somewhat in terms of form and method of implementation.

For the most part, the constitutional framework in Australia has served to weaken the Commonwealth's jurisdiction over environmental protection. However, the Australian federal legislature has successfully extended its jurisdiction to enact environmental assessment legislation similar to that of the U.S. New Zealand's constitutional jurisdiction is similar to that of Australia.

K. Public Participation

Where a project is to be approved after screening, and not referred to a panel or mediation, the responsible authority has to provide the public with an opportunity to comment on the screening report. Under NEPA, agencies affected and the public must be invited to participate in

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the "scoping" process, whereby the scope of the EIS is defined before the EIS is prepared. Also, the public has a right under NEPA to notice and a hearing on the "threshold determination," of whether the action will have a significant impact. The EC Directive requires that the public have an opportunity to express concerns before the project starts, and to be informed about all decisions made as the project is undertaken.

If public concern warrants, Bill C-78 would require the responsible authority to refer the project to the Minister of the Environment for referral to a panel or mediation. When a mandatory study was conducted by the responsible authority, the report would be submitted to the Canadian Environmental Assessment Agency, which would publish a notice seeking public comment on the report. This comment would have to be taken into account by the Minister in deciding whether to refer the project to a panel or mediation.

Under NEPA, the EIS, once submitted to the EPA, has to be made available to the public, and any comments received by the Agency must be made public. As discussed above, the public has frequently initiated or been involved in litigation under NEPA.

Bill C-78 provides that the review panel would make any assessment information available to the public and hold hearings in which the public could participate. Its report would have to be made available to the public by the Minister. The public would also have to be informed of all decisions following the report, including mitigation measures, the extent of adoption of the panel's recommendations, and the follow-up program. A similar level of public participation is provided in New Zealand, with particular emphasis on the right of aboriginal people to participate.

Bill C-78 would also set a standard for public access to information after the project or its assessment was complete. Required would be a public registry containing information on each completed environmental assessment. In the United States, since so many projects and assessments are the subject of litigation, the opportunity for judicial review may provide an effective means of allowing effective public supervision of the process.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The highest level of public participation in Europe is that provided under the legislation in the Netherlands. There, the public has input into the competent authority's assessment of the acceptability of the EIS prepared by the proponent. The public can also appeal a competent authority's decision to proceed. In experimental EIAs in the Netherlands, the public has been involved both at the scoping phase and the review phase. In France, the public participation requirement is said to receive only lip service. There are minimum standards of public consultation set out in the legislative framework proposed for the states of the Federal Republic of Germany.

L. Participant Funding

Although no intervenor or participant funding program would be created by Bill C-78, the Minister of the Environment, when the bill was tabled in the House of Commons, announced such a program as part of an accompanying package of reforms. This program has received wide support, but critics have called for it to be included in the bill itself, with legislated criteria for funding.

Of the other countries examined here, only the Netherlands provides for intervenor funding in its environmental assessment legislation.

CONCLUSION

Canada's proposed environmental assessment legislation as set out in Bill C-78 would have a number of advantages over regimes in other countries. For example, the bill introduces the concept of mediation to the resolution of disputes in this area, a development which seems to have no international precedent in environmental assessment legislation. As well, most of the other countries studied are still seeking to develop some process for participant funding, which was announced as a program to accompany Bill C-78.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

In some areas crucial to the effectiveness of the scheme in protecting Canada's environment, however, the proposed legislation falls seriously short of the examples set by legislation elsewhere in the world. The scope of the bill seems narrower than that of other systems and the potential enforceability of the provisions, particularly for follow-up and mitigation measures, seems weak. The independence of the process and of the decision-maker also leave something to be desired and Ministerial power to stop or cancel a project is lacking. Perhaps most telling is the fact that, almost unanimously, critics of Bill C-78 (both environmentalists and representatives of industry) have concluded that Canada would be better served by the continuation of the regime created by the 1984 EARP Guidelines Order, than by the enactment of Bill C-78.

SELECTED REFERENCES

Boer, Ben W. and Donna Craig. "Federalism and Environmental Law in Australia and Canada." *Federalism in Canada and Australia: Historical Perspectives, 1920-88*. Frost Centre, Peterborough, 1989.

Brouwer, H.C.G.M. "Evaluation of Public Involvement in Project EIA in the Netherlands." In *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience*. Vol. II. Minister of Supply and Services, 1987.

Cassils, J. Anthony. "Structuring the Tax System for Sustainable Development." *The Legal Challenge of Sustainable Development*. J. Owen Saunders, ed. Canadian Institute of Resources Law, Calgary, 1990.

Clark, B.D. *et al.* "Environmental Assessment Audits in the U.K.: Scope, Results and Lessons for Future Practice." In *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience*. Vol. II. Minister of Supply and Services Canada, 1987.

Culhane, Paul J. "Decision Making by Voluminous Speculation: The Contents and Accuracy of U.S. Environmental Impact Statements." In *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience, Volume II*. Minister of Supply and Services Canada, 1987.

European Environmental Yearbook. Achille Cutrera, Director. DocTer International U.K. Inc, London, 1987.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Grad, Frank P. *Treatise on Environmental Law.* Vol. 2. Matthew Bender & Co., New York, 1989.

Nelson, Joyce. "Deconstructing Ecobabble." *This Magazine,* Vol. 24, September 1990.

Whitehouse, J.F. "Discretion in Environmental Planning: New South Wales Experiments." (1985-6) University of West Australia Law Review, Vol. 16.

World Commission on Environment and Development. *Our Common Future.* Oxford University Press, U.K., 1987.

Étude générale

BP-249F

LA LÉGISLATION SUR L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE: LE PROJET DE LOI C-78 ET LES RÉGIMES DES AUTRES PAYS

Kristen Douglas
Division du droit et du gouvernement

Janvier 1991

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1991

N° de cat.

ISBN

YM32-2/249F
0-660-93335-7

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

	Page
INTRODUCTION	1
LA LÉGISLATION SUR L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE AU SEIN DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE	1
LA LÉGISLATION DANS D'AUTRES PAYS EUROPÉENS	9
A. La Norvège	9
B. La Suisse	9
LA NEPA - LA LOI DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT AUX ÉTATS-UNIS	10
A. Les mécanismes prévus dans la NEPA	10
B. Le Council on Environmental Quality	12
C. Les règlements relatifs aux procédures	13
D. L'obligation de produire un énoncé des incidences environnementales	13
E. La détermination du seuil acceptable	14
F. Les propositions législatives	15
G. Le dépôt et la publication des énoncés	17
H. L'efficacité du régime d'évaluation environnementale de la NEPA	17
I. Remarques générales	21
LA LÉGISLATION SUR L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE DE PAYS DE LA RÉGION DU PACIFIQUE	23
A. L'Australie	23
B. Le Japon	26
C. La Nouvelle-Zélande	26
UNE COMPARAISON DES RÉGIMES INTERNATIONAUX ET DU PROJET CANADIEN	30
A. La portée	30
B. Les facteurs environnementaux dont il faut tenir compte	32
C. Le processus	35
D. Le pouvoir de décision	36
E. Le suivi	37
F. L'examen judiciaire des décisions	37
G. Les pouvoirs du ministre	38
H. Un organisme indépendant	39
I. Le rapport annuel	40
J. Le partage constitutionnel des pouvoirs	40
K. La participation du public	42
L. Le financement des participants	43
CONCLUSION	44
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	45

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LA LÉGISLATION SUR L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE: LE PROJET DE LOI C-78 ET LES RÉGIMES DES AUTRES PAYS

INTRODUCTION

Dans le présent document, nous analysons les régimes législatifs d'évaluation environnementale de plusieurs pays et nous les comparons aux propositions du projet de loi C-78, la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale. Nous avons retenu les pays suivants, jugés les plus utiles aux fins de comparaison:

- les pays de la Communauté européenne;
- les États-Unis d'Amérique;
- certains pays de la région du Pacifique, à savoir l'Australie, le Japon et la Nouvelle-Zélande.

Au fur et à mesure que nous examinerons l'efficacité du régime de chacun de ces pays, il deviendra évident que tous renferment des éléments susceptibles d'éclairer les Canadiennes et les Canadiens dans leur examen des propositions du projet de loi C-78. Il apparaîtra aussi que le projet de loi C-78 constitue, jusqu'à un certain point, un progrès en matière de lois sur l'évaluation environnementale.

LA LÉGISLATION SUR L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE AU SEIN DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE

Le 27 juin 1985, le Conseil des ministres a adopté une directive(1) concernant l'incidence des projets publics et privés

---

(1) Une directive est une loi de la Communauté qui revêt un caractère obligatoire quant aux résultats à atteindre, mais qui permet tout de même aux États membres de choisir le mode et la méthode d'application. La directive de juin 1985 devait être appliquée dans les trois ans, objectif qui n'a pas été atteint.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

sur l'environnement. Cette directive oblige les promoteurs, qu'ils soient du secteur public ou du secteur privé, à présenter des renseignements sur tout projet qui risque d'avoir des effets importants sur l'environnement. Le public ainsi que les organismes chargés de l'environnement ont accès à ces renseignements. Les États membres doivent charger les pouvoirs publics d'examiner les évaluations des incidences environnementales préparées par les promoteurs et s'assurer que la population puisse faire valoir ses inquiétudes et ses objections avant le début des travaux.

La directive englobe les répercussions sur l'environnement biophysique, notamment les êtres humains, la flore et la faune, le sol, l'eau, l'air, les facteurs climatiques et le paysage, les biens corporels et le patrimoine culturel. Elle prévoit deux classes de projets publics et privés : ceux qui doivent être évalués (annexe I) et ceux qui peuvent être évalués (annexe II). Parmi les projets de l'annexe I, mentionnons : les raffineries de pétrole, les centrales thermiques, les installations d'entreposage ou d'élimination de déchets radioactifs, les usines de traitement de l'amiante, les routes, les chemins de fer et les aéroports, les grandes installations portuaires, et les usines de traitement ou les lieux d'entreposage de déchets toxiques et dangereux. La liste de l'annexe II est beaucoup plus longue et comprend les projets relatifs à l'agriculture, à la transformation et à la fabrication, à la production d'énergie, aux infrastructures et à l'élimination des déchets. Ces projets doivent être évalués lorsque les États membres jugent que leurs caractéristiques l'exigent. L'on peut établir des critères généraux visant les projets de l'annexe II ou encore décider l'évaluation ponctuelle d'autres projets.

Certains projets peuvent être exemptés de l'évaluation, mais l'État membre est alors tenu d'envisager le bien-fondé d'un autre type d'évaluation; la Commission des Communautés européennes (CCE) et la population doivent être informées des raisons qui justifient l'exemption. Lorsqu'un État sait qu'un projet envisagé pour son territoire risque d'avoir des incidences environnementales transfrontalières néfastes, il doit en informer les autres États membres en même temps que ses citoyens. Les États sont tenus de mettre au point, dans le cadre de négociations bilatérales, des mécanismes d'échange de renseignements.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Lorsqu'on décide de donner suite à un projet, l'autorité compétente en avise le public intéressé, en lui faisant part des fondements de la décision et de toute condition pertinente.

La directive pose des problèmes aux législateurs européens, car ses principales caractéristiques doivent s'agencer, avec la même rigueur, à douze systèmes constitutionnels, juridiques et administratifs fort différents et fort complexes; elle doit aussi s'appliquer à un vaste éventail d'activités dans l'industrie et dans l'exploitation des ressources. La Commission a proposé la création d'une agence européenne de l'environnement qui fournirait aux États membres des renseignements sur les meilleures façons d'aborder les questions environnementales, la rédaction et l'application des lois et l'amélioration des méthodes de prévision; cette agence garantirait aussi l'intégration des programmes environnementaux européens et des programmes internationaux.

L'efficacité de l'évaluation environnementale au sein de la Communauté européenne varie sensiblement d'un pays à l'autre, selon la suite donnée à la directive. L'efficacité de l'application dépend dans une certaine mesure du système juridique du pays en cause; à ce chapitre, on a relevé d'importantes différences. Compte tenu du nombre de systèmes juridiques auxquels ce régime a été intégré, ce n'est pas chose facile que d'évaluer son efficacité à un moment donné.

Le Conseil des ministres a souligné qu'il serait souhaitable d'uniformiser l'évaluation environnementale à l'échelle de l'Europe. L'imposition, par les États membres, d'exigences fort différentes entraînerait des conséquences inacceptables sur l'investissement et la concurrence. La CCE était convaincue que les États membres devaient s'entendre sur les principes à respecter. L'on pourrait donc prétendre qu'une imposition uniforme des exigences est encore plus essentielle; or, les États membres ont été laissés libres d'incorporer comme bon leur semble les principes à leurs lois et à leurs activités existantes.

Selon la CCE, la directive sur laquelle il y a eu entente marque, par rapport à la proposition originale, un recul sur certaines questions importantes. La Commission estime cependant que l'adoption de la directive et son application constituent un net progrès vers la situation

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

idéale, où le souci de l'environnement serait partie intégrante d'une bonne planification et d'une saine gestion(2).

En Belgique, la directive de la CCE doit être appliquée au niveau régional par les organes d'octroi de permis; elle n'a pas encore été mise en application à l'échelle fédérale. Au Danemark, l'évaluation des incidences environnementales n'est pas soumise à la réglementation de l'assemblée législative; dans ce pays, les incidences environnementales sont en effet évaluées à l'échelon local, dans le cadre de l'aménagement urbain. Les observateurs s'attendent cependant que le Danemark adopte la directive, puisqu'un projet de loi à cet effet a été déposé.

En France, la loi crée deux niveaux d'évaluation environnementale, soit l'examen des projets de moindre envergure et l'étude des incidences environnementales des grands projets. Un décret du gouvernement énumère 33 catégories de projets devant faire l'objet de ce dernier type d'évaluation. La France a été le premier pays à légiférer l'obligation de procéder à des évaluations des incidences environnementales (EIE); il y en a environ 10 000 par année. Ces évaluations font toutefois l'objet de critiques en raison de la souvent piètre qualité des études, du caractère complexe des procédures et du fait que la participation du public n'est souvent qu'un voeu pieu. Les critiques s'en prennent aussi au système en raison du nombre important de dérogations qu'il permet (les travaux d'entretien et de réparation d'une certaine envergure, la gestion, la mise en valeur et l'exploitation des forêts, et les travaux dont le budget est inférieur à 6 millions de francs, à moins que ceux-ci ne figurent nommément sur une autre liste). Ils prétendent que les responsables n'ont adopté aucun critère à caractère strictement écologique et qu'ils n'ont pas tenu compte des différences entre les divers risques pour l'environnement.

En République fédérale d'Allemagne (RFA), le gouvernement a déposé trois projets de loi afin de conférer un statut législatif à la directive de la CCE et de modifier les lois en vigueur. Cette mesure s'inscrivait dans la foulée du débat qui a suivi l'introduction de la directive à l'échelle de la Communauté. Auparavant, la loi allemande, en

---

(2) *European Environmental Yearbook*, Achille Cutrera, directeur, Londres, DocTer International U.K. Inc., 1987, p. 168.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

vigueur depuis 1971, s'inspirait du système américain. L'absence de normes qualitatives bien définies et les procédures prévues ont cependant donné lieu à de nettes pressions politiques en faveur de l'amélioration des lois sur la protection de l'environnement; le parti "vert" s'est fait le champion d'une loi sur l'évaluation environnementale. Lors de l'unification des deux Allemagnes, le 30 octobre 1990, l'ensemble de la législation ouest-allemande a été étendu à la République fédérale d'Allemagne unifiée. Puisque l'industrie de l'ancienne Allemagne de l'Est marquait un retard quant aux mesures de protection de l'environnement, l'application de la législation environnementale se fera graduellement.

Le Bundesrat, qui représente les États de la RFA, a accepté en principe la loi proposée qui, lorsqu'elle sera adoptée, servira de loi-cadre pour les gouvernements des États. La nouvelle loi aura pour effet d'intégrer l'évaluation des incidences environnementales aux procédés administratifs en vigueur. Tous les projets figurant à l'annexe I de la directive de la CCE, ainsi que la plupart des projets de l'annexe II, feront l'objet d'une EIE. L'octroi de permis ainsi que les mécanismes de planification d'ordre général feront aussi l'objet d'une EIE. Un organisme fédéral de coordination des EIE verra le jour; il sera chargé de réunir des renseignements et de faire rapport sur les répercussions des projets. Ces rapports serviront à fonder les décisions des responsables de la planification. La loi prévoit des normes minimums en ce qui a trait à la consultation populaire.

La Grèce envisage l'adoption d'un cadre législatif fédéral qui imposerait l'obtention d'un permis dans le cadre d'une EIE pour les nouveaux projets et programmes. Le ministère de la Protection de l'Environnement, de la Planification régionale et des Travaux publics ainsi que le ministère chargé de donner son assentiment seraient responsables de l'EIE.

En 1988, le Royaume-Uni a adopté une procédure légale d'évaluation environnementale. Auparavant, le système était intégré au processus de décision qui exigeait l'approbation des projets par le gouvernement central et les gouvernements locaux aux termes des lois sur l'aménagement du territoire. Les EIE doivent maintenant être réalisées par

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

les promoteurs de tout projet figurant à l'annexe I de la directive de la CCE, tandis qu'il revient aux pouvoirs locaux de décider si un projet figurant à l'annexe II doit être évalué. Les responsables de la planification à l'échelon local décident en dernier ressort de donner ou non suite au projet en se fondant sur l'EIE et sur les autres éléments de la planification.

Les travaux réalisés en Grande-Bretagne ont fait apparaître une faiblesse dans le système d'EIE britannique, que partagent d'ailleurs la plupart des autres systèmes examinés ici. Puisque l'énoncé des incidences environnementales constitue un "instantané" statique de l'historique d'un projet, sa valeur est limitée dans une situation dynamique(3). L'énoncé serait plus efficace s'il pouvait s'adapter au contexte; il tiendrait alors compte de l'évolution du projet et tiendrait à jour la nature des incidences environnementales prévues. Pour parvenir à ce résultat, il faudrait prévoir des mises à jour permanentes afin de suivre l'évolution des incidences ainsi que les rapports entre les caractéristiques du projet et les répercussions environnementales.

En Irlande, la directive de la CCE de 1985 n'a pas été adoptée et cela risque de s'avérer difficile dans ce pays qui possède très peu d'expérience ou de compétence en matière d'évaluation environnementale.

En Italie, un décret présidentiel en date de 1988 énumère les procédures d'EIE pour les projets figurant à l'annexe I de la directive. Les promoteurs doivent faire parvenir une description des projets et des études d'évaluation des incidences aux ministres de l'Environnement et du Patrimoine culturel ainsi qu'aux régions touchées. La population doit être tenue au courant par l'entremise de la presse et elle doit pouvoir consulter un exemplaire du rapport de l'évaluation des incidences environnementales à un bureau régional approuvé. Une commission des EIE procède à une évaluation technique du rapport de l'EIE; les ministres de l'Environnement et du Patrimoine culturel doivent rendre une

---

(3) B.D.Clark *et al.*, "Environmental Assessment Audits in the U.K.: Scope, Results and Lessons for Future Practice", in *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience*, vol. II, Approvisionnement et Services Canada, 1987, p. 537.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

décision dans les 90 jours. Il peut s'avérer nécessaire d'obtenir d'autres approbations avant de donner suite au projet.

Le Parlement des Pays-Bas a adopté une loi sur l'EIE le jour même où la directive de la CCE était adoptée, soit le 27 juin 1985. Dans le cadre de la politique environnementale du gouvernement des Pays-Bas, l'objectif de l'EIE est de garantir la prise en considération des dimensions environnementales dans la préparation et la prise de toute décision(4).

Aux Pays-Bas, on exige des EIE pour toutes les catégories de projets et de plans de développement et d'aménagement industriel énumérées sur une liste qui comprend tous les projets figurant à l'annexe I de la directive de la CCE et la plupart de ceux figurant à l'annexe II. Une commission des EIE, comprenant 200 spécialistes de l'environnement et des domaines connexes, travaille avec les pouvoirs compétents et le promoteur du projet à la détermination de la portée de l'EIE. Le promoteur prépare l'énoncé des incidences environnementales et le présente, accompagné d'un compte rendu des réactions du public et de la Commission de l'EIE, aux pouvoirs compétents qui décident de donner ou non suite au projet ou encore d'imposer des mesures d'atténuation ou de contrôle. Le gouvernement et les organismes de l'État peuvent en appeler de cette décision.

Aux Pays-Bas, on a retenu les critères suivants pour déterminer les activités qui doivent faire l'objet d'une EIE :

- Possibilité de rejet de substances toxiques ou autres, en grande quantité, dans l'air.

- Possibilité de rejet accidentel de substances inflammables, explosives, toxiques ou radioactives qui pourraient porter gravement atteinte à la santé humaine.

- Possibilité de rejet de déchets ou de substances non ionisantes ou ionisantes dans les eaux souterraines ou de surface.

- Possibilité de dommages aux sols.

---

(4) H.C.G.M. Brouwer, "Evaluation of Public Involvement in Project EIA in the Netherlands", in *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience*, vol. II, Approvisionnement et Services Canada, 1987, p. 544.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

- Possibilité de changement climatique.

- Possibilité de graves atteintes à la diversité, à la cohérence, à la manifestation visuelle ou aux dimensions culturelle et historique des villes et de la campagne.

- Possibilité de dommages au biote, qui menaceraient de faire disparaître des espèces ou des écosystèmes, particulièrement les espèces ou les écosystèmes uniques ou rares.

- Possibilité de dommages à la qualité de l'environnement (c'est-à-dire, par le bruit, les odeurs, la laideur ou des conditions dangereuses).

Aux Pays-Bas, on a décidé d'avoir recours aux évaluations des incidences environnementales à titre expérimental. On a donc soumis certains projets de l'État à des EIE de façon volontaire. Le processus des EIE prévoit la participation du public à deux étapes : l'établissement de la portée des incidences, où l'on décide du bien-fondé d'une EIE, et l'examen, lorsque l'EIE a été acceptée par l'autorité compétente mais avant que l'on ait décidé de donner ou non suite au projet. Il convient de faire remarquer que le promoteur peut aussi agir comme autorité compétente(5). Aux Pays-Bas, l'expérience de la participation du public aux EIE donne à croire que l'efficacité de celle-ci dépend de l'attitude et du comportement des politiciens. Si les renseignements obtenus grâce à la participation du public n'influent nullement sur les décisions, cette participation sera vide de sens. Les Pays-Bas sont le seul pays de la CCE qui offre un programme de financement des intervenants.

Les dispositions du mécanisme d'évaluation environnementale prévues par la directive de la CCE ne confèrent pas à un ministre (ou à tout autre élu) le pouvoir d'ordonner l'examen public des projets ou des décisions. Le régime présente donc les mêmes faiblesses que celles que l'on a reprochées au programme d'évaluation environnementale proposé dans le projet de loi C-78, la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale. Signalons qu'aucun pays européen ne fait appel à la médiation comme moyen de régler les problèmes soulevés par l'évaluation environnementale, option que l'on retrouve dans le projet de loi C-78.

---

(5) *Ibid.*, p. 544.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LA LÉGISLATION DANS D'AUTRES PAYS EUROPÉENS

A. La Norvège

La Norvège a adopté un nouveau processus d'EIE le 6 juin 1989. Celui-ci vise à assurer l'évaluation des éventuelles incidences sur l'environnement, sur les ressources naturelles et sur la société des grands projets de développement ou des modifications à l'aménagement du territoire. Les règlements énumèrent les types de projets qui doivent faire l'objet d'une EIE, et le ministre de l'Environnement peut aussi déterminer des cas spéciaux. Il s'agit d'un processus en deux temps, qui comprend un examen préalable et une EIE pour les projets devant faire l'objet d'une étude plus approfondie.

Le promoteur doit signaler au ministre de l'Environnement tout projet appartenant à une catégorie figurant sur la liste et son rapport doit faire état des éventuelles incidences environnementales. Le ministère fait part de cet avis aux organismes de l'État et à la population et détermine ensuite si le projet peut aller de l'avant ou s'il faut procéder à une EIE. Le cas échéant, le ministre donne des lignes directrices précises au promoteur qui prépare ensuite l'EIE pour la présenter au ministère. L'EIE est diffusée à des fins d'examen technique, avant la tenue d'audiences publiques. Une fois que le ministère a déterminé que l'EIE satisfait aux exigences imposées par les lignes directrices, il émet un avis d'approbation.

B. La Suisse

En vertu d'une loi de 1983, les promoteurs de projets en Suisse doivent produire un rapport d'EIE pour les catégories de projets désignés par le Conseil fédéral. Le rapport doit être conforme aux lignes directrices émises par l'organisme responsable de l'environnement du canton ou figurant dans le manuel d'EIE du bureau fédéral de la protection de l'environnement. Une évaluation préalable cerne tout problème environnemental que soulève le projet; ces problèmes font ensuite l'objet d'une étude détaillée, conformément aux indications du manuel d'EIE. Le

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

promoteur présente le rapport d'EIE à l'organisme d'EIE fédéral; celui-ci en coordonne l'examen par le bureau fédéral de la protection de l'environnement et les autres pouvoirs publics, décide si le projet doit aller ou non de l'avant, et en informe la population.

LA NEPA – LA LOI DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT AUX ÉTATS-UNIS

À la suite des pressions incessantes de personnes réclamant la création d'un organisme qui chapeauterait tous les efforts de protection et de conservation de l'environnement et permettrait d'unifier les programmes environnementaux existants, le Congrès américain adoptait en 1970 la *National Environmental Policy Act*. Certains ont vu dans cette loi une nouvelle déclaration des droits environnementaux; d'autres l'ont dénoncée, jugeant que son efficacité se limitait à exiger que les incidences environnementales d'un projet soient rendues publiques.

A. Les mécanismes prévus dans la NEPA

Les principales modalités d'exécution de la loi sont énoncées à l'article 102, par lequel le Congrès exige que les politiques, les lois et règlements des États-Unis soient interprétés et appliqués conformément aux principes formulés dans la *National Environmental Policy Act* (NEPA). En vertu de cet article, tous les organismes du gouvernement fédéral sont tenus de recourir "systématiquement à une approche interdisciplinaire, qui garantit que tout plan et toute décision susceptibles de modifier l'environnement de l'être humain feront l'objet d'une étude relevant simultanément des sciences naturelles, des sciences sociales et des techniques d'aménagement de l'environnement"(6).

Les organismes ont reçu le mandat d'élaborer, en consultation avec le Council on Environmental Quality, des méthodes et procédures permettant de prendre des décisions qui tiennent compte des

---

(6) NEPA, alinéa 102(2)(A) (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

richesses et des valeurs de l'environnement, non encore inventoriées(7), tout comme des dimensions économiques et techniques.

Enfin, l'article 102 stipule que tous les organismes doivent inclure, dans chacune de leurs recommandations ou dans chacun de leurs rapports concernant des projets de loi et autres actions fédérales importantes susceptibles d'influer de manière significative sur la qualité de l'environnement humain, un exposé détaillé des incidences environnementales de l'action proposée; de tous les effets environnementaux négatifs jugés inévitables; des solutions de rechange à l'action proposée; du rapport existant entre l'utilisation à court terme des richesses environnementales locales et le maintien et l'accroissement de la productivité à long terme; et de toute utilisation irréversible et irrécupérable des ressources qu'entraînerait l'action proposée(8).

La personne responsable du projet est tenue de procéder à des consultations avec tous les organismes fédéraux possédant ou l'autorité ou les compétences pour juger des effets environnementaux possibles. Les organismes administratifs doivent élaborer un scénario de rechange au plan d'action proposé, et ce dans tous les cas où l'on n'a pas résolu les conflits entourant les autres utilisations possibles des ressources disponibles. Les organismes sont invités à tenir compte du caractère permanent et universel des problèmes environnementaux, et à collaborer à des programmes internationaux visant l'amélioration de la qualité de l'environnement partout dans le monde. Ces organismes sont également priés de fournir des services d'information et de consultation aux organismes des gouvernements locaux et des États ainsi qu'aux organisations privées, et d'assurer la surveillance et l'évaluation continues de leurs activités de protection de l'environnement.

---

(7) *Ibid.*, alinéa 102(2)(B).

(8) *Ibid.*, alinéa 102(2)(C).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

B. Le Council on Environmental Quality

Le sous-chapitre II de la NEPA crée le Council on Environmental Quality (CEQ) (Conseil chargé de la qualité environnementale) et lui attribue des pouvoirs et responsabilités(9). Le président de ce Conseil est tenu de remettre chaque année au Congrès un rapport d'évaluation environnementale contenant un inventaire des richesses environnementales du pays, un aperçu des tendances dans le domaine de l'environnement ainsi que des propositions de programmes et de projets de loi. Le CEQ est directement rattaché au bureau du président, qu'il doit informer au moins une fois par année de l'état de l'environnement afin de lui faciliter la rédaction de son rapport sur l'état de l'environnement (10).

Un décret en date de 1977 autorise le CEQ à transmettre aux organismes fédéraux des directives régissant la mise en oeuvre des dispositions de procédure contenues dans la NEPA, et notamment la préparation des énoncés des incidences environnementales exigés par l'alinéa 102(2)(C) de la Loi. Ces règlements ont été promulgués en novembre 1978 et les organismes fédéraux sont tenus de s'y conformer à moins qu'il y ait incompatibilité entre ces règlements et les obligations prévues par la loi(11). Un énoncé des incidences environnementales doit être remis à la Environmental Protection Agency (Agence de protection environnementale) dans tous les cas où les organismes fédéraux font des recommandations, proposent des projets de loi ou se préparent à poser des gestes importants susceptibles d'avoir des répercussions considérables sur la qualité de l'environnement.

Même si le CEQ a semblé s'acquitter efficacement de diverses fonctions de coordination et d'information, il n'a ni le pouvoir d'orienter les actions d'un organisme fédéral ni celui de le contraindre à déposer un énoncé. Il ne possède pas non plus l'autorité de rejeter un énoncé qu'il juge insuffisant ou incomplet, même s'il lui est arrivé parfois de

---

(9) *Ibid.*, articles 201 à 207.

(10) Frank P. Grad, *Treatise on Environmental Law*, vol. 2, New York, Matthew Bender & Co., 1989, p. 9-13.

(11) *Ibid.*, p. 9-15.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

souligner ce genre de lacune. La loi a donc créé un organisme dont les attributs ne ressemblent en rien à ceux d'un ombudsman, comme certains l'avaient réclamé dans des propositions antérieures(12).

C. Les règlements relatifs aux procédures

Plusieurs aspects des règlements de 1978 concernant les procédures prévues dans la NEPA ont influé sur l'efficacité de cette dernière. Les principaux organismes sont invités à limiter la durée du processus imposé par la NEPA, à collaborer avec d'autres organismes dont les compétences chevauchent les leurs, à intégrer le plus rapidement possible le processus prévu par la Loi à leur démarche de planification et à éviter de présenter à plusieurs reprises les mêmes données s'appliquant à des actions diverses.

Le processus d'évaluation de la portée d'un projet introduit dans les règlements de 1978 vise à définir la portée et l'envergure d'un énoncé avant sa préparation, facilitant ainsi le choix des études environnementales exigées par des lois autres que la NEPA ainsi que le partage des responsabilités entre les organismes participants. Les organismes et les populations concernés doivent être invités à participer au processus d'évaluation de la portée du projet.

D. L'obligation de produire un énoncé des incidences environnementales

Un énoncé est requis dans tous les cas où il est question de projet fédéral majeur modifiant sensiblement la qualité de l'environnement humain(13). La distinction entre un projet fédéral majeur et un projet fédéral moins important n'est pas facile à établir. Dans certains cas, le Congrès a indiqué qu'une activité n'impliquait pas d'action fédérale majeure en incorporant dans la loi une disposition faisant référence à la NEPA(14). Selon la définition contenue dans les règlements du CEQ, un

---

(12) *Ibid.*, p. 9-18.

(13) NEPA, alinéa 102(2)(C).

(14) Grad (1989), p. 9-46.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

projet fédéral majeur comporte des actions dont les effets peuvent être importants et assujettis au contrôle et à la responsabilité du gouvernement fédéral. Peu importe les termes utilisés, projet "majeur" ou dont la portée est "considérable", il s'agit dans tous les cas d'attirer l'attention sur le contexte dans lequel se situe le projet ainsi que sur l'ampleur de ses répercussions. Les facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer l'incidence d'un projet sont énumérés; ils comprennent notamment les effets sur l'hygiène publique, le caractère unique de la région touchée, l'ampleur de la controverse entourant les répercussions du projet, la mesure dans laquelle le projet peut créer un précédent, ses effets sur des espèces menacées ou en voie d'extinction et toute transgression d'une autre loi visant à protéger l'environnement.

Il faut également produire un énoncé dès qu'on présente une recommandation ou un rapport ayant trait à des projets de loi. Selon la définition contenue dans les règlements, le terme "action" comprend les activités nouvelles et en cours; les projets et programmes entièrement ou partiellement financés, soutenus, dirigés, réglementés ou approuvés par des organismes fédéraux; les règlements, les politiques ou les procédures, qu'ils soient nouveaux ou révisés, formulés par des organismes; et les propositions législatives, à l'exclusion de l'aide financière provenant de fonds à recettes partagées sur lesquels les organismes n'ont aucune prise.

Pour déterminer dans quelle mesure une activité relativement moins importante peut avoir une incidence "considérable" sur l'environnement, on examine la question sous l'angle des incidences cumulatives, c'est-à-dire les effets qui viennent s'ajouter à ceux des actions du passé, du présent et d'un avenir prévisible.

E. La détermination du seuil acceptable

L'obligation d'accompagner chaque action fédérale majeure d'un énoncé des incidences environnementales soulève un problème : comment déterminer le seuil à partir duquel le projet aura une incidence marquée sur l'environnement? C'est une question à laquelle il faut répondre avant d'entamer les procédures prévues à l'article 102, même s'il paraît

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

difficile de le faire avant que l'organisme n'ait eu l'occasion d'examiner toutes les conséquences du projet à l'aide des mécanismes proposés à l'article 102. Les seuls organismes passibles de poursuites devant les tribunaux sont ceux qui ont résolu de se soustraire à l'obligation de produire un énoncé de manière arbitraire, capricieuse ou illégale. C'est donc dire que cette décision doit s'appuyer sur un dossier disponible pour examen et que la population doit avoir eu la possibilité d'en prendre connaissance et d'être entendue(15).

Les tribunaux ont déclaré que d'autres tests pouvaient déterminer l'acceptabilité d'un projet, notamment un test du fondement rationnel(16). Ils ont envisagé la possibilité de solliciter de nouveaux témoignages dans les cas où le dossier soumis à l'organisme est jugé insatisfaisant(17).

Le paragraphe 101(a) de la NEPA stipule que l'énoncé doit faire état des incidences à caractère social et économique et des autres incidences non physiques; jusqu'ici les facteurs économiques ont eu priorité. En règle générale, les tribunaux ont affirmé que l'énoncé n'était obligatoire que dans les cas où il y avait des répercussions physiques sur l'environnement, les effets psychologiques ou socio-économiques étant en eux-mêmes insuffisants. Les effets de projets concernant des lieux historiques désignés ou des sites archéologiques reconnus doivent être examinés par des organismes fédéraux et exigeont un énoncé des incidences environnementales.

F. Les propositions législatives

Selon l'alinéa 102(2)(C) de la Loi, chaque rapport ou recommendation ayant trait à une proposition législative doit s'accompagner d'un énoncé des incidences environnementales. Certains estiment que le

---

(15) *Hanly* c. *Kleindienst*, (1973) 409 U.S. 990, cité dans Grad (1989), p. 9-56.

(16) Grad (1989), p. 961.

(17) *Ibid.*, p. 959.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

NEPA n'a eu jusqu'à maintenant que peu d'influence sur le processus législatif. À ce jour, presque tous les énoncés ont abondé dans le sens des projets de loi et ont porté sur les plans du gouvernement visant l'amélioration de l'environnement; parmi les énoncés déposés, peu concernaient des projets législatifs susceptibles d'avoir une incidence défavorable sur l'environnement. Aucun tribunal n'a encore invalidé une loi en invoquant le non-respect des exigences liées aux énoncés des incidences environnementales. C'est donc dire que les rapports budgétaires et les demandes de crédit n'ont pas été considérés comme des propositions législatives(18).

Parmi les nombreux cas examinés, on a jugé que les projets suivants devaient s'accompagner d'un énoncé : routes, centrales électriques, aqueducs, projets de rénovation urbaine et construction domiciliaire, projets comportant l'utilisation de pesticides ou d'herbicides, transports, bâtiments publics, et projets entraînant des pertes d'emplois.

Pour les projets complexes de très grande envergure, il est préférable d'établir un énoncé pour l'ensemble du projet plutôt que pour chacun de ses éléments; c'est ainsi qu'est né l'énoncé des incidences d'un programme. Cette expression ne figure pas dans la NEPA, mais témoigne d'une volonté de rationaliser l'établissement de rapports concernant des projets complexes et faisant état des répercussions des divers éléments de l'action principale. On a vu dans les énoncés des incidences d'un programme un moyen d'attirer l'attention sur des facteurs environnementaux dès le début du processus d'élaboration de politiques au sein d'un organisme. Toutefois, dans l'affaire *Kleppe* c. *Sierra Club*, la Cour suprême des États-Unis a déclaré qu'un énoncé n'était exigible que lorsqu'une action proposée visait une région en particulier, ajoutant que tout rapport accompagnant une proposition devait être à jour au moment de la présentation de cette dernière (c'est-à-dire que l'énoncé ne pouvait devancer la demande officielle)(19) Ce jugement va pour ainsi dire à l'encontre de l'objectif poursuivi par les énoncés des incidences d'un

---

(18) *Ibid.*, p. 9-80, où est citée l'affaire *Andrus . Sierra Club*, (1979) 442 U.S. 347.

(19) (1976) 427 U.S. 390, cité dans Grad, p. 9-107 à 9-115.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

programme, car il devient impossible de prendre les incidences environnementales en considération dès le début du processus de planification d'un projet à volets multiples ou d'une politique.

G. Le dépôt et la publication des énoncés

Les règlements découlant de la NEPA divisent le processus de dépôt en deux parties : un premier dépôt d'un énoncé provisoire, que les intéressés sont appelés à commenter, et ensuite le dépôt de l'énoncé final. L'énoncé final, accompagné des commentaires et réactions des personnes concernées, doit être déposé auprès de la Environmental Protection Agency (EPA) au même moment où il est transmis aux organismes concernés et mis à la disposition du public. L'EPA publie la liste des énoncés qu'elle a reçus dans le Federal Register. Il incombe à chaque organisme de veiller à ce que la population soit informée du dépôt de l'énoncé et de son droit de faire connaître ses observations.

Tous les commentaires que reçoit l'organisme doivent également être rendus publics. Aucune démarche administrative assujettie à l'obligation de produire un énoncé des incidences environnementales ne peut être entreprise à moins qu'il ne se soit écoulé 90 jours après la sollicitation de commentaires sur l'énoncé provisoire déposé auprès de l'EPA. Une fois que l'énoncé final, accompagné des observations reçues, a été transmis à la EPA, aux autres organismes et au public, il doit s'écouler encore 30 jours avant qu'une action ne puisse être entreprise. Un organisme conserve cependant la possibilité d'écourter cette période totale en déposant l'énoncé final avant l'expiration de la période initiale de 90 jours. Ces délais peuvent paraître assez larges, mais ils ne le sont pas vraiment compte tenu des étapes à suivre pour permettre la participation du public; de plus, ils peuvent être manipulés par un organisme qui désire entraver et retarder cette participation au processus d'évaluation.

H. L'efficacité du régime d'évaluation environnementale de la NEPA

La NEPA ne crée pas de charte des droits environnementaux ni un nouveau droit formel ou procédural. Appelés à de nombreuses reprises à fournir une interprétation judiciaire de la loi, les tribunaux ont rejeté

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

les plaidoyers visant à utiliser cette loi comme fondement d'un droit de recours privé et formel. La NEPA propose cependant de nouveaux critères pour l'étude des actions administratives, créant ainsi de nouveaux droits.

1. La dimension procédurale de la NEPA. Dans le cadre de leur fonction d'examen, les tribunaux ont vérifié si les procédures imposées par la NEPA avaient été respectées et étaient de nature à contraindre les organismes concernés à s'y soumettre. Toutefois, les tribunaux se sont généralement abstenus de se prononcer sur le bien-fondé d'un projet, alléguant que les organismes étaient plus compétents pour en juger.

2. La décision d'aller de l'avant un projet dans la mise en oeuvre. La NEPA ne consacre pas la primauté de la décision, ce qui signifie qu'un tribunal ne peut s'appuyer sur la NEPA pour interdire à un organisme d'aller de l'avant dans la mise en oeuvre d'un projet. Le fait de démontrer les incidences environnementales défavorables d'un projet peut cependant fournir des motifs politiques pour s'y opposer et pour dissuader un organisme d'aller de l'avant, ou même des arguments pour bloquer le projet en invoquant d'autres lois. Les tribunaux n'iront pas non plus jusqu'à imposer des mesures d'atténuation des effets négatifs aux organismes qui mettent les projets en oeuvre.

3. Nouveau droit procédural.

   a) Qualité pour comparaître - Sont autorisées à comparaître toutes les personnes ayant fait la preuve qu'elles résidaient dans la zone dont les intérêts sont protégés par la NEPA, ce qui signifie que toute personne ou tout groupe intéressé n'a qu'à démontrer que les valeurs esthétiques et environnementales sont menacées, même si cette menace est faible ou éloignée, en autant que cette personne est directement concernée par les résultats du litige et qu'elle se démarque suffisamment de celle que le problème ne concerne pas(20).

---

(20) *États-Unis* c. *SCRAP*, (1973) 412 U.S. 669, cité dans Grad (1989), p. 9-236.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

L'autorisation de comparaître a été refusée à un groupe de demandeurs qui souhaitaient faire valoir les utilisations antérieures de régions montagneuses appartenant à des intérêts privés; le tribunal a jugé que le fait d'être empêché d'utiliser des montagnes ne constituait pas en soi un préjudice tel qu'il justifiait d'autoriser ces personnes à comparaître(21).

On s'est souvent demandé si un intérêt strictement économique pouvait justifier qu'une partie soit autorisée à déposer une plainte en vertu de la NEPA; certains plaignants ont vu leur cause rejetée parce que les préjudices subis se limitaient à des pertes économiques. Un demandeur qui se réclamait de la NEPA a même vu sa cause qualifiée de "fallacieuse", son intention première étant de protéger son commerce et non l'environnement(22).

b) Recours - Injonctions - La Loi ne fait aucune mention des recours et ne contient aucune indication de ce qui pourrait arriver si un organisme refusait de se soumettre à ses dispositions. Toutefois, cela n'a causé aucun problème aux plaignants ou aux tribunaux; on a eu invariablement recours aux injonctions, qui ont été fréquemment accordées. Lorsque, dans sa demande d'injonction, le demandeur peut prouver qu'un projet répond à la définition d'action fédérale majeure ayant des répercussions considérables sur l'environnement, qu'aucun énoncé des incidences environnementales n'a été fourni, ou que cet énoncé est insuffisant, une injonction sera émise presque invariablement, constituant le seul recours possible pour éviter que des dommages peut-être irréparables soient causés à l'environnement.

On s'est également interrogé sur les recours possibles dans le cas où un organisme ne respecte pas les engagements reconnus dans son énoncé. Les tribunaux ont tranché cette question de plusieurs

---

(21) *Conservation Council of North Carolina* c. *Constanzo*, (1974) 505 F. 2d 498, cité dans Grad (1989), p. 9-237.

(22) *Piritz* c. *Volpe*, (1972) 467 F. 2d 208, cité dans Grad (1989), p. 9-244.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

manières, en enjoignant parfois l'intimé de verser des dommages-intérêts et en émettant une ordonnance. Incapables de préciser leurs pouvoirs lorsqu'il s'agissait d'accorder des recours, les tribunaux ont demande que la solution vienne des législateurs(23).

c) Défenses - La majorité des décisions rendues en vertu de la NEPA se sont révélées être une application des éléments fondamentaux inscrits dans la Loi. Les organismes défendeurs n'ont pas eu beaucoup de succès en recourant à des défenses telles que l'immunité absolue, le manque de diligence, la maturité ou encore l'épuisement des recours administratifs. Le fait d'invoquer le manque de diligence s'est avéré efficace lorsqu'il s'agissait d'un projet presque terminé, auquel cas le fait de se conformer à la NEPA ne pouvait éviter les dommages à l'environnement.

4. Application extra-territoriale. Les tribunaux ont habituellement tendance à favoriser l'application de la NEPA aux projets internationaux réalisés par des organismes américains ainsi qu'aux projets ayant des effets extra-territoriaux. Même si les tribunaux ont appliqué la NEPA à de nombreux projets à l'étranger, peu d'entre eux ont rendu une décision.

5. "Les petites NEPA". De nombreux États ont promulgué des lois de protection de l'environnement qui ressemblent de très près à la NEPA et qu'on a appelées pour cette raison les "petites NEPA". Compte tenu de la ressemblance entre ces lois, les interprétations judiciaires des lois des États se sont appliquées à la NEPA et vice versa. Ce procédé est de nature à accroître la portée de la NEPA. Ainsi, les tribunaux de Californie ont interprété la *Environmental Quality Act* de la manière la plus large possible, s'en servant notamment pour réglementer les activités privées, les projets en cours

---

(23) Grad (1989), p. 9-250.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

(lorsque c'est possible d'un point de vue commercial) et les modifications importantes(24).

I. Remarques générales

Les observateurs sont parvenus à la conclusion que la NEPA avait remporté un succès inespéré, ses retombées étant beaucoup plus grandes que celles que n'avaient probablement prévues ses concepteurs et le Congrès en 1970, lors de son adoption. À première vue, on ne s'attendait pas à ce que la NEPA modifie en profondeur les procédures administratives des organismes, les rapports entre les tribunaux et les organismes fédéraux, ainsi que les rapports de force entre les groupes d'intérêt public et le gouvernement(25). L'importance des changements est étonnante car la Loi a peu d'outils administratifs à sa disposition. Les modalités d'exécution de la Loi sont insuffisantes pour assurer l'application des politiques énoncées; de plus, cette loi n'a créé aucune autorité chargée de faire respecter les obligations imposées aux organismes fédéraux.

Les partisans du régime d'évaluation environnementale de la NEPA ont affirmé que cette loi avait obligé la science, avec sa précision technique, à s'intéresser aux décisions concernant les ressources, qu'elle avait permis à des fonctionnaires sensibles à l'environnement de se faire entendre dans des bureaux où ce genre de questions n'avaient auparavant aucune résonance, et qu'elle avait obligé les organismes à abandonner leur esprit de clocher et à soumettre leurs décisions à l'examen salutaire du public(26).

Dans une étude portant sur l'exactitude des prévisions contenues dans les énoncés, Paul Culhane s'est demandé dans quelle mesure

---

(24) *Ibid.*, p. 9-314.

(25) *Ibid.*, p. 9-285.

(26) Paul J. Culhane, "Decision Making by Voluminous Speculation: The Contents and Accuracy of U.S. Environmental Impact Statements," in *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience*, volume II, Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 357.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

l'application de la NEPA permettait de prévoir avec précision les répercussions d'un projet et dans quelle mesure le processus permettait effectivement de faire appel à la rigueur scientifique. À l'instar d'observateurs issus du milieu universitaire, du grand public, de divers organismes et des juges, Culhane fait remarquer que les prévisions contenues dans les énoncés sont souvent trop vagues pour qu'il soit possible d'évaluer leur exactitude(27). Peu de répercussions se sont avérées contraires aux prévisions, mais seulement environ un tiers des prévisions sont perçues comme étant suffisamment précises. Culhane en conclut que le résultat le plus intéressant de la NEPA est probablement d'avoir forcé les organismes fédéraux à soumettre leurs décisions à l'examen minutieux du public et d'autres organismes.

L'efficacité de la NEPA est attribuable aux tribunaux qui ont voulu considérer cette loi comme un point de départ leur permettant de soupeser les intérêts concurrentiels du développement et de l'environnement. Mais le processus d'évaluation environnementale qui en est ressorti est lourd, long et coûteux. Assujettis à la NEPA depuis plus de 20 ans, les organismes ont nettement été contraints de tenir davantage compte des incidences environnementales de leurs activités; mais rien ne permet d'affirmer que leurs décisions sont pour autant plus respectueuses de l'environnement.

On se demande si les organismes n'ont pas tout simplement pris l'habitude de préparer un énoncé des incidences environnementales pour chacun de leurs projets; certains observateurs semblent penser que ces énoncés n'atteignent pas leur objectif, qui consiste à jeter un regard neuf sur un projet en s'interrogeant sur ses conséquences pour l'environnement. Nombreux sont également ceux qui s'interrogent sur l'efficacité d'un système d'évaluation environnementale qui engendre autant de litiges; en 1975 seulement, on a relevé 30 000 poursuites administratives visant à établir la nécessité d'un énoncé(28).

---

(27) *Ibid.*, p. 375.

(28) Grad (1989), p. 9-291.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LA LÉGISLATION SUR L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE DE PAYS DE LA RÉGION DU PACIFIQUE

A. L'Australie

La *Environment Protection (Impact of Proposals) Act* (1974) et ses Administrative Procedures (1975) visent les projets du Commonwealth d'Australie, les projets des États financés directement par le Commonwealth et tous les projets d'État ou privés exigeant l'approbation du Commonwealth(29) Les organismes du Commonwealth déterminent eux-mêmes l'importance des incidences environnementales de leurs propres projets. Si l'on estime que le projet ne donnera lieu à aucun effet néfaste, il obtient le feu vert. Si le ministre compétent entrevoit la possibilité de répercussions fâcheuses, le projet est renvoyé au ministre de l'Environnement et du Développement. Le ministère peut décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à une évaluation des incidences environnementales (EIE), mais seul le ministre de l'Environnement, en se fondant sur les critères énoncés dans les Administrative Procedures, peut ordonner la présentation d'une EIE.

Le promoteur du projet, de concert avec le ministère de l'Environnement et du Développement, établit le contenu de l'EIE. Le ministre peut décider de rendre public le rapport intérimaire d'EIE et de constituer une commission d'enquête qui organise un examen technique de l'évaluation et tient des audiences publiques quasi judiciaires. La commission présente son rapport d'examen au ministre, qui doit en remettre un exemplaire au promoteur. Le promoteur est tenu de revoir l'EIE et de présenter un rapport final au ministère, à la commission, à tout ministère ou particulier qui a présenté des commentaires par écrit, et à la population. Le ministère, ou le ministre, de l'Environnement et du Développement peut présenter des suggestions ou des recommandations au ministre ou au ministère compétent en ce qui a trait à la proposition et aux mesures d'atténuation. Tous les ministres et leur ministère doivent s'assurer de tenir compte de l'EIE et de ses recommandations connexes dans l'exécution du projet.

---

(29) Une loi du Commonwealth est l'équivalent d'une loi fédérale au Canada; cette loi peut donner lieu à l'adoption de règlements.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Le ministre de l'Environnement et du Développement peut autoriser une dérogation lorsque la démarche risque d'être préjudiciable à la sécurité ou aux intérêts du pays, de miner la confiance témoignée aux intérêts commerciaux ou autres, ou d'être contraire à l'intérêt public. Rien dans le régime australien n'est comparable aux commissions, à la médiation ou au financement des intervenants.

Le recours au processus d'EIE en Australie est laissé en grande partie à la discrétion du ministre chargé du ministère dont relève l'activité projetée(30). Le ministre de l'Environnement fédéral ne décide pas du recours au processus; le cas échéant, celui-ci est administré par le ministère de l'Environnement puisqu'il n'existe pas d'organisme distinct tel que le BFEEE.

Il n'a pas été prévu que le régime législatif australien d'évaluation environnementale fasse l'objet d'examens judiciaires. Le gouvernement d'Australie n'entendait pas répéter l'expérience américaine résultant de l'adoption de la *National Environmental Policy Act* (1970) (la NEPA), qu'on estimait avoir donné lieu à une avalanche de litiges(31). La Loi australienne ne renferme aucune disposition qui permettrait aux "citoyens ordinaires" de contester les activités du gouvernement ou de faire respecter la Loi. Les tribunaux ont limité la qualité pour agir à des catégories très restreintes de personnes, telles que celles qui n'ont pas seulement un intérêt émotif ou intellectuel, c'est-à-dire qui ont un intérêt financier. Il est donc difficile ou impossible aux groupes ou aux particuliers intéressés d'en référer aux tribunaux pour protéger l'environnement en limitant les activités de l'État.

Le cadre constitutionnel a affaibli les initiatives législatives du gouvernement fédéral ou découragé celui-ci d'en présenter en Australie, puisque le contrôle de la pollution et la protection de l'environnement ressortissent de par la constitution aux gouvernements des

---

(30) Ben W. Boer et Donna Craig, "Federalism and Environmental Law in Australia and Canada", in *Federalism in Canada and Australia: Historical Perspectives, 1920-88*, Peterborough, Forst Centre, 1989, p. 307.

(31) *Ibid.*, p. 308.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

États. C'est le gouvernement travailliste qui, à compter de 1972, a adopté les premières lois fédérales portant directement sur l'environnement(32). Les tribunaux ont reconnu la validité de ces initiatives, entre autres, des lois prévoyant la préservation de régions patrimoniales dans plusieurs États. Dans leurs décisions, les tribunaux ont reconnu que le gouvernement fédéral pouvait étendre ses pouvoirs législatifs au-delà de ce qu'on avait jugé jusqu'alors légalement possible.

La plupart des États australiens ont adopté des mesures semblables à celles du gouvernement du Commonwealth. La Nouvelle-Galles du Sud fait exception, dans la mesure où sa *Environmental Planning and Assessment Act* (1979) lie l'EIE aux mécanismes d'aménagement du territoire de l'État. Cette loi prévoit trois catégories de projets, soit les projets désignés (EIE obligatoire), non désignés et interdits. Dans le cas d'un projet désigné, public ou privé, un promoteur doit présenter une EIE, accompagnée d'une demande, aux instances décisionnelles et informer le public. Même dans le cas des projets non désignés, l'on préfère que les demandes traitent des incidences environnementales. S'il y a risque d'incidences défavorables, le projet ne pourra démarrer tant que l'on n'aura pas procédé à une EIE. Après avoir reçu les objections du public, le ministère examine l'EIE et fait part de ses constatations à l'organe décisionnel. Le rapport est ensuite rendu public. Le ministre peut demander la tenue d'une enquête sur les incidences environnementales du projet et, s'il y va de l'intérêt public, il peut ordonner l'arrêt de tout projet, désigné ou non, et exiger que le promoteur suive toutes les étapes, y compris celle de l'enquête publique.

Les critiques du système de planification prévu par la Loi de la Nouvelle-Galles du Sud signalent que son efficacité a été entravée par la prépondérance du rezonage parcellaire et d'un aménagement à la pièce(33). À la différence d'un système inspiré d'une politique, où l'échelle de valeurs qui fonde la planification est clairement énoncée,

---

(32) *Ibid.*, p. 109.

(33) J.F. . Whitehouse, "Discretion in Environmental Planning: New South Wales Experiments", *University of West Australia Law Review*, 1985-1986, vol. 16, p. 292.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

le présent système se limite à des décisions réactionnelles et n'offre aucune orientation en ce qui a trait à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans le processus de contrôle de l'aménagement. C'est là un risque inhérent à tout système qui s'appuie sur le régime d'aménagement du territoire en place.

La Nouvelle-Galles du Sud est la seule sphère de compétence australienne où l'on peut considérer que le régime d'EIE exige qu'il soit tenu compte des répercussions sociales. On ne peut dire que les répercussions sociales sont devenues une "préoccupation primordiale" de la politique environnementale fédérale de l'Australie, que ce soit directement ou indirectement(34).

B. Le Japon

Au Japon, le ministre chargé de l'Agence de l'Environnement relève du Cabinet par l'entremise du Cabinet du premier ministre; il ne siège pas au Cabinet au même titre que les autres ministres. Bien que le Japon ait adopté des lois rigoureuses en matière de contrôle de la pollution depuis le début des années 70, les tentatives de faire adopter une loi sur l'évaluation environnementale ont été freinées par les puissants ministères économiques. L'évaluation environnementale relève du Cabinet. Les grands projets désignés exigent une EIE; on en réalise environ 200 chaque année. Le processus est semblable à celui de la NEPA américaine, mais revêt un caractère moins officiel, permet une moindre participation du public et ne peut faire l'objet d'un examen judiciaire.

C. La Nouvelle-Zélande

La *Environment Act* 1986 de la Nouvelle-Zélande a été déposée le 15 juillet 1986; cette loi est maintenant en vigueur. La Nouvelle-Zélande est de toute évidence un chef de file mondial en matière de lois sur l'évaluation environnementale; le nouveau régime prévoit la nomination d'un commissaire parlementaire de l'environnement indépendant, doté du pouvoir d'instituer des enquêtes, de commander des renseignements et de faire rapport à l'assemblée législative sur toute politique, programme ou

---

(34) Boer et Craig (1989), p. 313.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

projet. L'évaluation environnementale n'est pas réalisée en vase clos, mais dans le cadre du système d'aménagement du territoire. Il n'existe aucune commission comparable à ce que l'on trouve au Canada, mais les gouvernements régionaux peuvent tenir des audiences. L'on accorde une place importante aux droits des aborigènes.

La loi touche notamment les domaines suivants:

1) tous les travaux et toutes les politiques des ministères de l'État qui peuvent influer sur l'environnement;

2) toutes les activités privées susceptibles d'avoir un effet sur l'environnement, si celles-ci sont financées entièrement ou partiellement par l'État;

3) tous les travaux et toutes les politiques des commissions, sociétés et conseils statutaires qui peuvent toucher l'environnement;

4) l'octroi de permis, de licences et d'autorisations aux termes de l'une des 16 lois énumérées et des autres lois désignées par le ministre de l'Environnement, conformément à un accord avec le ministre responsable de la loi en cause.

Le processus d'EIE peut aussi entrer en jeu lorsqu'on cherche à obtenir un consentement statutaire en vertu de la *National Development Act*. Toute demande doit être accompagnée d'un énoncé des répercussions économiques, sociales et environnementales des travaux proposés; si la demande est acceptée, il faut procéder à une évaluation des incidences environnementales et présenter un rapport. Cinq autres lois, touchant notamment la salubrité de l'air, du sol et de l'eau, et les travaux publics sont aussi énumérées; lorsqu'on cherche à obtenir un consentement en vertu de l'une de ces lois, l'on peut être tenu de présenter des renseignements documentés sur les répercussions environnementales du projet.

L'EIE est décrite comme un procédé en vertu duquel l'on s'efforce consciemment et systématiquement d'évaluer les conséquences environnementales de divers choix qui peuvent s'offrir aux décideurs, y compris ne rien faire. Le processus doit s'amorcer dès les premières étapes de la formulation d'une proposition, lorsqu'il y a encore possibilité de vraiment choisir entre diverses modalités d'action. Les EIE ont pour objet:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

1) de cerner les répercussions environnementales d'activités possibles afin de faciliter le choix entre diverses options;

2) de déterminer si oui ou non les activités possibles affecteraient l'environnement de façon marquée et exigeraient la préparation d'un rapport sur les incidences environnementales;

3) de déterminer s'il y a lieu ou non de prendre des mesures pour améliorer l'environnement, pour minimiser ou éviter les dommages durant l'élaboration ou la mise en oeuvre du projet, peu importe qu'un rapport sur les incidences environnementales ait été préparé ou soit en voie de l'être.

Les estimations et les coûts figurant dans la proposition doivent comprendre le coût des répercussions environnementales d'un projet.

L'EIE est un énoncé écrit décrivant les moyens d'atteindre un ou plusieurs objectifs donnés et leurs conséquences pour l'environnement. Il faut y décrire, documentation à l'appui, les conséquences environnementales des mesures envisagées ainsi que des solutions de rechange, et les moyens d'éviter ou d'atténuer toute conséquence environnementale néfaste. Normalement, c'est à l'organisme promoteur de préparer l'EIE; une série de douze questions ont été énoncées pour l'aider à ce faire. Parmi les questions abordées, mentionnons l'effet du projet sur les lieux physiques; sur les collectivités en place; sur les conditions ou la qualité de vie; sur la flore ou la faune; sur le paysage, les loisirs, les sciences ou la conservation; sur la possibilité d'entraîner la mise en oeuvre d'autres projets croissance; et sur les secteurs ou structures historiques ou archéologiques. Il faut aussi tenir compte d'un intérêt public considérable, du besoin de ressources créé par le projet et des problèmes de pollution.

Si un ministère ne propose pas de préparer une EIE, mais que la Commission de l'environnement juge opportun qu'il y en ait une, le ministère de l'Environnement peut ordonner qu'une évaluation soit faite. Un avis d'intention de préparer une EIE, comprenant une courte description écrite de la proposition et une première évaluation de ses incidences environnementales, doit être présenté par écrit à la Commission de l'environnement par l'organisme gouvernemental. Le commissaire de l'environnement peut rendre publique l'information. L'EIE doit être préparée dans des délais suffisants pour permettre l'exécution de toutes les démarches, y compris la vérification par la Commission de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

l'environnement, avant l'échéance prévue pour que l'autorité à laquelle il reviendrait d'affecter des ressources à la proposition prenne une décision. La Loi renferme des dispositions sur la publication des avis relatifs à une EIE terminée et sur la sollicitation de commentaires auprès de la population.

Une fois obtenue l'autorisation du ministre compétent, l'EIE doit être acheminée à la Commission de l'environnement à des fins de vérification. La vérification des incidences environnementales est le document qui permet au commissaire de l'environnement d'émettre son avis sur les conséquences environnementales de la proposition. Lorsqu'on demande l'approbation d'une proposition qui a fait l'objet d'une EIE, la demande doit être accompagnée de la vérification. Si l'approbation est accordée sans conditions, le promoteur peut mettre en oeuvre le projet; il lui reviendra alors de s'assurer que les dispositions environnementales sont respectées. Si l'approbation est assortie de conditions, le ministère compétent doit discuter des modalités de leur respect avec le ministre de l'Environnement.

Le commissaire de l'environnement, nommé par le gouverneur général, est indépendant du Parlement (c'est-à-dire qu'il ne peut s'agir ni d'un député ni d'un représentant d'un pouvoir local). Il a, entre autres, le pouvoir de demander à quiconque de produire des renseignements ou des documents relatifs à une enquête et de convoquer des personnes devant la Commission. Le commissaire peut, à la demande de la Chambre des représentants, faire rapport sur tout projet de loi dont le contenu pourrait avoir un effet sur l'environnement, ou sur toute question susceptible d'avoir des répercussions importantes ou néfastes sur l'environnement.

Le régime de la Nouvelle-Zélande ne prévoit aucun financement des intervenants. La Loi comprend une annexe énumérant 21 lois; la définition de "consentement", mentionne spécifiquement les consentements, les autorisations ou les permis demandés en vertu de l'une ou l'autre des lois énumérées.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

UNE COMPARAISON DES RÉGIMES INTERNATIONAUX ET DU PROJET CANADIEN

Afin d'établir l'efficacité du régime d'évaluation environnementale proposé pour le Canada dans le projet de loi C-78, il y a lieu de comparer chacun de ses éléments avec les dispositions analogues des régimes d'autres pays et de déterminer l'efficacité de ces dispositions. Certes, bon nombre des éléments sur lesquels nous nous penchons seront jugés favorables par certains et défavorables par d'autres. Il n'est pas facile de savoir avec certitude quelle est la "meilleure" législation.

Presque tous les régimes législatifs exposés et examinés dans le présent document renferment certains éléments qui permettraient d'améliorer l'efficacité du régime législatif proposé pour le Canada. L'analyse qui suit présente une comparaison de divers types de dispositions que renferment les lois sur l'évaluation environnementale, ainsi que certaines commentaires d'ordre général.

A. La portée

Tous les régimes d'évaluation environnementale dont il est question ici ont un caractère législatif, exception faite de ceux du Japon et de certains pays de la Communauté européenne qui n'ont pas encore adopté la directive de la CCE. Ce phénomène est d'autant plus intéressant que l'adoption d'un régime législatif constituera une nouveauté pour le Canada. Jusqu'à ce que le projet de loi C-78 (ou tout autre projet modifié) soit adopté, l'évaluation environnementale au niveau fédéral sera régie par le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* de 1984 (PEEE), qui est un décret du Cabinet et non un instrument législatif. La Cour d'appel fédérale a cependant reconnu son caractère obligatoire, semblable à celui d'une loi.

La portée du régime d'évaluation environnementale qu'instaurerait l'adoption du projet de loi C-78 demeurera incertaine tant que tous les règlements envisagés dans le projet de loi n'auront pas été élaborés et adoptés. Ces règlements établiront les listes de projets qui devront faire l'objet d'une évaluation et les listes des projets et

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

des activités qui seront exclus du processus parce que leurs effets sur l'environnement sont négligeables, qu'ils ont des répercussions sur la sécurité nationale, que le gouvernement fédéral y intervient de façon marginale ou qu'on juge qu'il ne serait pas "indiqué" de procéder à leur évaluation.

Les critiques ont jugé trop restreinte la définition des "projets" qui seraient soumis à une évaluation obligatoire en vertu du projet de loi C-78. En fait, celui-ci fait mention d'"activités concrètes", une expression qui n'est pas définie, mais qui semble exclure l'évaluation d'activités autres que concrètes. La portée de la NEPA, la loi américaine, semble plus globale dans la mesure où elle exige qu'une EIE soit menée chaque fois que "des actions fédérales d'envergure touchent de façon marquée la qualité de l'environnement humain". Les "actions fédérales d'envergure" sont celles dont les effets risquent d'être importants et celles qui pourraient relever du contrôle et de la responsabilité du gouvernement fédéral, et la NEPA n'exclut aucune activité qui n'est pas concrète.

En vertu du projet de loi C-78, les projets proposés ou financés par un pouvoir fédéral ou exigeant le transfert de terres fédérales ou quelque permis ou licence du gouvernement fédéral seraient visés. La portée des lois australienne et néo-zélandaise est du même ordre, bien qu'en Nouvelle-Zélande la loi soit un peu plus générale. En Australie, seul le régime de la Nouvelle-Galles du Sud pourrait être considéré comme faisant une place aux répercussions sociales. La loi de la Nouvelle-Zélande mentionne expressément que les décisions en matière de politiques peuvent déclencher une évaluation.

Le projet de loi C-78 viserait les projets considérés comme comprenant "l'exercice légal de leurs attributions par les autorités fédérales", énumérées dans les règlements adoptés aux termes de l'article 55 et ceux qui ne figurent pas sur les listes d'exclusion. Les effets hors frontière peuvent aussi être évalués à la demande du ministre de l'Environnement ou de l'une des parties. L'on trouve des dispositions prévoyant ce type d'inclusion et d'exclusion spécifique dans la plupart des lois étrangères. En vertu de la NEPA, le Congrès américain peut exclure certaines activités en les mentionnant spécifiquement dans d'autres lois. Par exemple, la loi de mise en oeuvre d'un grand projet pourrait préciser que celui-ci déroge à l'application de la NEPA.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La directive de la CCE, qui a été appliquée à divers degrés par les États membres de la Communauté, vise deux catégories de projets publics et privés, énumérés dans les deux annexes. Les projets de l'annexe I doivent figurer sur des listes obligatoires dans les lois des États membres, tandis que ceux de l'annexe II doivent être évalués lorsque les États membres "estiment que leurs caractéristiques l'exigent". Les États membres peuvent exclure des projets énumérés à l'annexe II, à condition qu'ils en informent la CCE et la population.

L'évaluation des projets à caractère privé en vertu de la législation européenne est de plus grande portée que les propositions du projet de loi C-78. Bien que la NEPA ait aussi été appliquée à certaines activités à caractère privé, elle ne les mentionne pas spécifiquement, à l'instar du projet de loi C-78. La portée de la NEPA est plus vaste que celle du projet de loi C-78 dans la mesure où elle vise à la fois les politiques et les projets de loi, et ce en raison de la définition et de l'interprétation d'une "activité" dans la NEPA, qui est beaucoup plus vaste que la définition de "projet" dans le projet de loi C-78.

Le régime actuel du Canada, régi par le Décret sur les lignes directrices visant le PEEE, s'applique aux projets ayant des effets sur les champs de compétence fédérale. Les projets visés par cette section du PEEE pourraient échapper au projet de loi C-78; par conséquent, d'aucuns peuvent estimer que celui-ci restreint la portée du régime d'évaluation environnementale du gouvernement fédéral au Canada. Selon le niveau d'application de la directive de la CCE par les États membres, cet écart peut exister ou ne pas exister dans les pays de la Communauté européenne, mais il semble se retrouver dans le régime américain, qui vise les "activités fédérales". Fait intéressant cependant, il se peut qu'on ait interprété la NEPA de façon assez large pour combler cette lacune, étant donné que la loi a été appliquée à des activités privées.

B. Les facteurs environnementaux dont il faut tenir compte

Parmi les régimes examinés ici, seuls le projet de loi C-78, la NEPA et *l'Environment Act 1986* de la Nouvelle-Zélande mentionnent

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

spécifiquement les effets cumulatifs. Les effets environnementaux cumulatifs des activités ont été examinés lorsqu'il a été question de la NEPA, et le projet de loi C-78 les inclut spécifiquement dans la liste de facteurs que les commissions et les médiateurs, ainsi que les études préalables et les études obligatoires, doivent considérer.

Depuis la publication du rapport de la Commission Brundtland en 1987(35), l'expression "développement durable" est devenue un préalable à toute formulation d'une politique et d'une législation sur la protection de l'environnement. Beaucoup de commentateurs du projet de loi C-78 estiment que celui-ci devrait englober ce concept. Bien que l'expression "développement durable" ne figure pas dans le projet de loi, ses auteurs et le ministre lui-même ont déclaré que les dispositions de ce dernier constituent une tentative d'instaurer ce principe sans ajouter à la confusion que soulève sa définition.

L'expression "développement durable" ne figure ni dans la loi ni de la Nouvelle-Zélande, ni dans celles des États-Unis et de l'Europe. La NEPA, sans la mentionner spécifiquement, semble y faire allusion lorsqu'il est question de la relation entre les utilisations locales à court terme de l'environnement et le maintien et l'amélioration de la productivité à long terme, et de l'affectation irréversible et irrécupérable des ressources. En Nouvelle-Zélande, le commissaire parlementaire de l'environnement est chargé, entre autres, d'examiner les systèmes d'affectation et d'utilisation des ressources du gouvernement dans le but d'améliorer la qualité de l'environnement : la liste des questions sur lesquelles il doit se pencher est très longue et couvre tous les effets environnementaux, à court et à long terme, directs et indirects, favorables ou défavorables, ou encore cumulatifs.

Bien que les environnementalistes qui ont commenté le projet de loi aient presque tous manifesté le désir de voir l'expression "développement durable" figurer dans la loi canadienne, d'autres se sont interrogés sur le bien-fondé d'une telle inclusion. *Notre avenir à tous* prône une croissance économique rapide dans les pays industrialisés et en

---

(35) Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, Éditions du Fleuve, 1988.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

développement, en déclarant que seul l'état actuel de la technologie et de l'organisation sociale limite la croissance économique. Certains ont qualifié le rapport d'"environnementalisme farfelu"(36) et déclaré qu'il tenait tellement à faire une place à l'industrie et à la grande entreprise qu'il risquait de passer outre à la nécessité de changer radicalement de cap si l'on veut éviter la crise environnementale qui s'annonce.

De toute évidence, l'adoption de cette terminologie susciterait la controverse sans pour autant garantir l'efficacité d'un régime d'évaluation environnementale. Que l'on adopte ou non la terminologie, il faut comprendre que nous ne pouvons échapper à la protection de l'environnement, même au nom du développement économique; une telle compréhension marquerait un réel progrès vers l'objectif d'un "développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre l'aptitude des générations futures à répondre à leurs propres besoins"(37).

La définition de l'"environnement" est un facteur essentiel dans ce type de loi. Dans le projet de loi C-78, l'expression "effets environnementaux" comprend tant les changements causés à l'environnement que les répercussions sur la santé et les conditions et socio-économiques; mais cette définition est assez restreinte pour exclure les répercussions culturelles. Il est possible qu'on l'interprète de façon encore plus restreinte, compte tenu du fait que la définition de l'environnement dans le projet de loi s'en tient aux éléments biophysiques.

En vertu de la NEPA, il faut, en évaluant l'intensité des répercussions environnementales, tenir compte de facteurs comme les effets sur l'hygiène publique, le caractère unique de la région touchée et l'ampleur de la controverse au sujet des effets, qui, une fois réunis, sont susceptibles d'englober d'avantage que le seul milieu biophysique. D'après

---

(36) Joyce Nelson, "Deconstructing Ecobabble", *This Magazine*, vol. 24, septembre 1990, p. 14.

(37) J. Anthony Cassils, "Structuring the Tax System for Sustainable Development", *The Legal Challenge of Sustainable Development*, J. Owen Saunders, (éd.), Calgary, Canadian Institute of Resources Law, 1990, p. 141 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

paragraphe 101 (a) de la NEPA, un énoncé des incidences environnementales doit tenir compte des répercussions socio-économiques et des répercussions autres que physiques, y compris la protection des lieux historiques et archéologiques. Sa portée est donc nettement plus vaste que celle du projet de loi C-78.

La portée de l'évaluation environnementale en vertu de la directive de la CCE est aussi plus vaste que celle du projet de loi C-78. La directive vise les répercussions sur l'environnement biophysique, y compris les êtres humains, la flore et la faune, l'eau, le sol, l'air, les facteurs climatiques, le paysage, les biens corporels et le patrimoine culturel.

C. Le processus

Le projet de loi C-78, la NEPA et la directive de la CCE sont tous des modèles fondés sur l'auto-évaluation. Cela signifie que le ministère chargé de l'initiative est aussi responsable, jusqu'à un certain point, de l'évaluation environnementale. Le processus proposé dans le projet de loi C-78 comprend trois volets : la décision de procéder à un examen préalable ou à une étude environnementale obligatoire, la médiation ou un examen par une commission, et le suivi.

En vertu de la NEPA, les organismes préparent un énoncé des incidences environnementales conformément aux méthodes élaborées en consultation avec le Council on Environmental Quality (CEQ). L'énoncé est remis à la Environmental Protection Agency (EPA), mais les organismes initiateurs conservent leur pouvoir de décision. Les tribunaux ne peuvent ordonner à l'organisme de ne pas donner suite à un projet. Il n'y a aucun examen par une commission ni aucune médiation; les décisions administratives font cependant fréquemment l'objet d'un examen judiciaire. Les tribunaux ne se sont pas vraiment prononcés sur les conséquences pour un organisme du non-respect des engagements pris dans le cadre d'un énoncé, de sorte que l'on peut s'interroger sur le caractère obligatoire de toute disposition de suivi.

En Europe, les États membres qui ont adopté des régimes fondés sur la directive de la CCE doivent mettre en place un processus d'auto-évaluation et de compte rendu public dans le but d'intégrer les

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

questions environnementales à la planification. Aucun des États n'a prévu d'examen par une commission ou de médiation. Les Pays-Bas peuvent recourir à des mécanismes de contrôle, qui ne sont cependant prévus nulle part ailleurs.

Dans le cadre du régime d'évaluation environnementale de la Nouvelle-Zélande, les pouvoirs régionaux peuvent tenir des audiences, mais ils ne sont pas tenus de faire procéder à un examen par une commission. En Australie, les examens par une commission ne sont pas obligatoires, mais le ministre de l'Environnement et du Développement peut décider de créer une commission d'enquête pour tenir des audiences publiques quasi judiciaires.

D. Le pouvoir de décision

En vertu du projet de loi C-78, la Commission présenterait un rapport à l'autorité responsable et au ministre de l'Environnement. L'autorité responsable serait tenue de donner suite au rapport en permettant la mise en oeuvre du projet ou en l'interdisant lorsqu'elle juge que les effets environnementaux ne peuvent être atténués ni justifiés. Toutefois, si l'autorité responsable permettait la réalisation d'un projet, elle n'aurait qu'à s'assurer que les mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées soient mises en application.

Aux États-Unis, c'est l'organisme d'exécution qui détermine le seuil de mise en oeuvre et les tribunaux n'interviennent que si la décision est capricieuse, arbitraire ou contraire à la loi. Le régime de la NEPA n'est pas fondé sur la prépondérance de la décision; c'est dire que si la décision finale ressortit aux pouvoirs de l'organisme, le tribunal ne peut ni ordonner à l'organisme d'abandonner l'initiative ni prescrire des mesures d'atténuation.

Dans la Communauté européenne, les décisions reviennent en fin de compte aux pouvoirs de planification locaux ou à l'autorité compétente, plutôt qu'à un organisme indépendant. Il en va de même en Australie où le ministre compétent prend la décision finale, même après la présentation d'un rapport d'une commission d'enquête.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

E. Le suivi

En vertu du projet de loi C-78, l'autorité responsable aurait à concevoir le programme de suivi et à assurer son exécution. Toutefois, on ne fait pas état du caractère obligatoire ni d'un tel programme ni de toute promesse ou exigence d'atténuation. Le projet de loi ne prévoit aucune peine relative à l'obligation d'exécuter un tel programme de suivi ou de respecter tout engagement d'adopter des mesures d'atténuation. On trouve cependant de telles dispositions dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (LCPE), L.R.C. 1985, c. 16 (4e supplément).

Les organismes d'exécution américains sont tenus, en vertu de la NEPA, de contrôler et d'évaluer leurs activités de protection environnementale de façon continue. Toutefois, on n'a pas encore mis à l'épreuve la capacité des tribunaux de faire respecter la loi. Par contre, les commentateurs ont signalé l'efficacité surprenante du régime, fondé avant tout sur l'intérêt actif et généralisé de la population et sur le militantisme de l'appareil judiciaire et des groupes environnementaux.

Le régime instauré par la directive de la CCE ne mentionne pas spécifiquement le suivi. Le suivi peut faire partie du processus aux Pays-Bas, mais il ne s'agit pas d'une obligation. Dans les autres pays de la CE, le gouvernement et les groupes populaires peuvent en appeler de la décision de l'autorité compétente, mais l'accès aux tribunaux est faible ou nul. Le régime australien ne renferme aucune disposition précise sur le suivi, tandis qu'en Nouvelle-Zélande le contrôle revient au commissaire parlementaire de l'environnement.

F. L'examen judiciaire des décisions

La possibilité d'examen judiciaire des décisions prises en vertu de la loi constitue un des éléments controversés du projet de loi C-78. Puisque le projet de loi est largement formulé en termes d'obligation (on utilise fréquemment le mot "shall" alors qu'on aurait pu utiliser le mot "may" dans la version anglaise), certains considèrent que si l'autorité responsable ou tout autre décideur ne remplissait pas ses obligations, les tribunaux pourraient y substituer leurs opinions. Les

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

critiques du projet de loi ont toutefois souligné le recours à l'expression "in the opinion of the responsible authority" ("si elle estime") qui suit fréquemment le mot "shall" dans la version anglaise du projet de loi (voir par exemple l'article 16). Le fait de donner une telle latitude à l'autorité responsable pourrait empêcher les tribunaux d'intervenir dans son exercice. Si l'on se fie à l'interprétation judiciaire du Décret sur les lignes directrices visant le PEEE de 1984, il est difficile de prédire comment les tribunaux interpréteront ce libellé.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'accès aux tribunaux est faible ou nul dans les pays de la Communauté européenne, exception faite des Pays-Bas, tandis que la loi de l'Australie interdit spécifiquement tout examen judiciaire. La loi américaine, la NEPA, a par contre ouvert la voie à de nombreuses décisions administratives qui ont entraîné ce que d'aucuns considèrent comme une avalanche de contestations judiciaires.

En vertu de la NEPA, les tribunaux ont ordonné le respect des exigences de la Loi en matière de procédures, conféré la qualité pour agir à des particuliers qui pouvaient démontrer que l'on avait porté atteinte même à des valeurs esthétiques ou environnementales (pour autant que ces particuliers n'avaient pas qu'un intérêt superficiel au problème) et ont appliqué la NEPA à de nombreux projets dont les effets débordaient les frontières du territoire. Puisque la loi met l'accent sur le processus judiciaire toutefois, les critiques accusent les organismes de préparer les documents en fonction d'un éventuel procès plutôt qu'en vue d'incorporer les questions environnementales à la planification. Il se peut que les organismes aient appris à éviter les procès et les coûts qu'ils entraînent plutôt que les coûts environnementaux d'un développement malavisé.

G. Les pouvoirs du ministre

Le projet de loi C-78 n'autorise pas le ministre de l'Environnement à arrêter ou annuler un projet. Il peut émettre des lignes directrices et des codes de pratique, créer des organes consultatifs, conclure des accords avec d'autres instances et nommer les membres des commissions et les médiateurs. Les critiques du projet de loi C-78 recommandent que le ministre de l'Environnement soit doté du pouvoir

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

d'arrêter un projet qui ne se conforme pas aux exigences d'atténuation ou qui pose quelque autre danger pour l'environnement. D'autres critiques ont demandé que ce pouvoir soit conféré à une instance autonome, analogue au commissaire parlementaire de l'environnement en Nouvelle-Zélande.

En vertu de la NEPA, il n'existe aucun équivalent du ministre de l'Environnement, dans la mesure où les organismes responsables des projets conservent leur pouvoir de décision. Aucun fonctionnaire de l'État n'a le pouvoir d'arrêter ou d'annuler un projet en vertu de la directive de la CCE; un ministre ne peut non plus à lui seul ordonner un examen des projets ou des décisions.

La Nouvelle-Zélande a créé le Bureau du commissaire parlementaire de l'environnement, indépendant du Parlement, qui jouit entre autres du pouvoir d'ordonner à quiconque de fournir des renseignements ou des documents et de citer des personnes à comparaître. Le commissaire peut faire rapport sur tout projet de loi dont le sujet pourrait avoir des répercussions sur l'environnement ou sur toute question qui pourrait avoir un effet considérable et dommageable sur l'environnement. Le ministère de l'Environnement est chargé de s'assurer que toutes les lois sont conforme aux objectifs de la *Environment Act 1986* et de s'assurer que l'on a prévu la participation du public et la gestion des ressources naturelles de la Nouvelle-Zélande.

En Australie, le processus d'EIE relève du ministre responsable du ministère chargé du projet; le ministre fédéral de l'Environnement n'a pas à décider si le processus sera mis en oeuvre. En Nouvelle-Galles du Sud, lorsqu'il y va de l'intérêt public, le ministre de l'Environnement a le pouvoir d'arrêter tout projet et de demander au promoteur de s'engager dans le processus d'évaluation environnementale, et de tenir au besoin des audiences publiques.

H. Un organisme indépendant

Le projet de loi C-78 donnerait lieu à la création d'un nouvel organisme fédéral, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale, chargé d'administrer le processus d'évaluation environnementale et de promouvoir la recherche. L'agence serait placée sous la responsabilité du ministre de l'Environnement.

RECYCLED · RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Aux États-Unis, le CEQ, qui fait partie du Bureau du président, conseille celui-ci sur la préparation de son rapport annuel au Congrès. Cet organisme d'exécution fait parvenir une EIE à l'EPA, qui la publie et la diffuse.

On trouve un organisme plus indépendant aux Pays-Bas; la commission d'EIE regroupe 200 spécialistes de l'environnement, qui collaborent avec les autorités compétentes et les promoteurs pour déterminer la portée d'une EIE et la revoir une fois préparée par le promoteur.

L'Australie ne compte aucun organisme distinct, le processus d'évaluation environnementale étant administré par le ministère fédéral de l'Environnement. La Commission de l'environnement de la Nouvelle-Zélande est un organisme indépendant, le plus puissant et le plus autonome examiné ici. Elle vérifie les EIE et tient des audiences convoquées par le commissaire parlementaire de l'environnement.

I. Le rapport annuel

Le ministre de l'Environnement serait tenu, en vertu du projet de loi C-78, de déposer un rapport annuel devant la Chambre des Communes et le Sénat sur les activités de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale. Le rapport devrait comprendre un résumé statistique de toutes les évaluations environnementales.

Aux États-Unis, le président prépare, avec l'aide du CEQ, un rapport annuel sur la qualité de l'environnement à l'intention du Congrès. En Nouvelle-Zélande, la Chambre des représentants peut demander au commissaire parlementaire de faire rapport sur tout projet de loi ou toute question susceptible d'avoir un effet néfaste sur l'environnement. Le commissaire, peu importe les autres rapports qu'on lui aura demandés, doit chaque année présenter un rapport à la Chambre des représentants sur l'exécution de ses fonctions en vertu de la *Environment Act 1986*.

J. Le partage constitutionnel des pouvoirs

Le projet de loi C-78 affirme la compétence du gouvernement fédéral de légiférer en matière d'évaluation environnementale. Au Canada,

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

les questions d'environnement sont un domaine de compétence partagée entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux; les pouvoirs du gouvernement fédéral seraient cependant évidents en ce qui a trait aux questions environnementales énoncées dans le projet de loi C-78. De par la constitution, le gouvernement a le pouvoir de réaliser des évaluations environnementales en ce qui a trait aux domaines suivants:

1) les échanges et le commerce;
2) le droit criminel;
3) les pêches des côtes de la mer et de l'intérieur;
4) les Indiens et les terres réservées aux Indiens;
5) les dépenses fédérales;
6) la propriété fédérale;
7) la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

Les pouvoirs relatifs à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement sont peut-être les plus importants dans la mesure où ils ouvrent un plus vaste champ d'action au gouvernement fédéral et pourraient permettre l'adoption des lois de protection environnementale les plus efficaces et les plus globales. Certains critiques du projet de loi C-78 ont proposé que fondements constitutionnels soient énoncés dans un préambule.

La NEPA ne vise que les organismes fédéraux. Elle a toutefois exercé une influence sur les régimes d'évaluation environnementale des États, dont la plupart ont adopté des lois inspirées de la NEPA.

Dans la Communauté européenne, la CCE n'a aucun pouvoir de légiférer au sein des États membres, qui doivent cependant respecter certains délais pour l'adoption de lois inspirées de la directive adoptée par le Conseil des ministres. Les États membres modifient quelque peu la loi quant à sa forme et à sa méthode d'application.

Dans l'ensemble, le cadre constitutionnel de l'Australie a affaibli la compétence du Commonwealth en matière de protection de l'environnement. Toutefois, l'Assemblée législative fédérale d' 'Australie a réussi à étendre sa compétence pour adopter une loi sur l'évaluation

RECYCLED / RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

environnementale semblable à celle des États-Unis. La compétence constitutionnelle de la Nouvelle-Zélande est semblable à celle de l'Australie.

K. La participation du public

Lorsqu'un projet doit être approuvé après l'examen préalable, sans être renvoyé à une commission ou à la médiation, l'autorité responsable doit permettre au public de commenter le rapport d'examen préalable. En vertu de la NEPA, les organismes touchés et le public doivent être invités à participer au processus d'établissement de la portée des incidences, en vertu duquel on définit la portée de l'énoncé des incidences environnementales avant sa rédaction. De plus, le public a le droit, en vertu de la NEPA, d'être avisé et de participer à une audience sur la détermination du seuil, c'est-à-dire la détermination de l'ampleur des répercussions. La directive de la CCE exige que la population ait l'occasion d'exprimer ses préoccupations avant le début d'un projet et qu'elle soit informée de toutes les décisions prises lors que les travaux débutent.

Si les préoccupations du public le justifient, le projet de loi C-78 exigerait que l'autorité responsable renvoie le projet au ministre de l'Environnement afin qu'il soit soumis à une commission ou à la médiation. Dans le cadre d'une étude environnementale obligatoire réalisée par l'autorité responsable, le rapport serait remis à l'Agence canadienne d'évaluation environnementale, qui publierait un avis invitant le public à commenter le rapport. Le ministre devrait tenir compte de ces commentaires avant de décider de renvoyer ou non un projet à une commission ou à la médiation.

En vertu de la NEPA, l'énoncé des incidences environnementales doit être publié après avoir été présenté à l'EPA; tout commentaire reçu par l'EPA doit aussi être publié. Comme nous l'avons déjà mentionné, le public a souvent intenté des poursuites ou participé à des contestations judiciaires en vertu de la NEPA.

Le projet de loi C-78 prévoit que la commission d'examen publiera tout renseignement disponible sur l'évaluation et tiendra des

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

audiences auxquelles le public pourra participer. Le ministre serait tenu de publier son rapport. Le public devrait aussi être informé de toutes les décisions prises à la suite du rapport, y compris les mesures d'atténuation, l'adoption des recommandations de la commission et le programme de suivi. On trouve en Nouvelle-Zélande un niveau semblable de participation du public, qui met l'accent sur le droit de participation des aborigènes.

Le projet de loi C-78 établirait aussi une norme d'accès du public à l'information, une fois le projet ou son évaluation terminé. Le gouvernement serait obligé de tenir un registre public contenant des renseignements sur chaque évaluation environnementale réalisée. Aux États-Unis, puisque tant de projets et d'évaluations font l'objet de contestations judiciaires, la possibilité d'examen judiciaire offre peut-être un moyen efficace de permettre au public de surveiller le processus.

C'est dans la loi des Pays-Bas que l'on trouve le niveau le plus élevé de participation publique en Europe. Dans ce pays, la population peut intervenir dans l'évaluation faite par l'autorité compétente de l'acceptabilité de l'EIE préparée par le promoteur. La population peut aussi en appeler de la décision d'une autorité compétente d'aller de l'avant. Dans le cadre des EIE expérimentales aux Pays-Bas, la population a participé tant à la phase d'établissement de la portée des incidences qu'à la phase d'examen. En France, l'on dit que l'obligation de participation du public n'est qu'un voeu pieux. En République fédérale d'Allemagne, le cadre législatif proposé pour les États établit des normes minimums de consultation du public.

L. Le financement des participants

Bien que le projet de loi C-78 n'instituerait aucun programme de financement des intervenants ou des participants, le ministre de l'Environnement, lors du dépôt du projet de loi à la Chambre des communes, a annoncé la création d'un tel programme dans le cadre d'un ensemble de réformes connexes. Ce programme a reçu un appui généralisé, mais les critiques ont demandé qu'il soit incorporé au projet de loi, de même que les critères de financement.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Parmi les autres pays examinés ici, seuls les Pays-Bas prévoient le financement des intervenants dans leur loi d'évaluation environnementale.

CONCLUSION

La loi sur l'évaluation environnementale du Canada, proposée dans le projet de loi C-78, présenterait certains avantages par rapport aux régimes des autres pays. Par exemple, le projet de loi introduit le concept de médiation pour la résolution des conflits dans ce domaine, situation qui ne semble avoir aucun précédent en matière de législation sur l'évaluation environnementale ailleurs au monde. De plus, la plupart des pays étudiés cherchent encore à mettre au point un mécanisme de financement des participants, mécanisme dont on a annoncé la mise en place à titre de programme connexe au projet de loi C-78.

Par contre, le projet de loi est loin de se hisser au niveau des lois d'autres pays en ce qui a trait à certains domaines décisifs pour l'efficacité du régime en matière de protection de l'environnement du Canada. La portée du projet de loi semble plus restreinte que celle des autres régimes et le caractère obligatoire des dispositions, particulièrement celles qui ont trait au suivi et aux mesures d'atténuation, semble faible. L'autonomie du processus et du décideur présente aussi des lacunes; par ailleurs, le ministre n'a le pouvoir n'y d'arrêter ni d'annuler un projet. Ce qui est peut-être le plus révélateur, c'est que, presque à l'unanimité, les critiques du projet de loi C-78 (tant les environnementalistes que les représentants de l'industrie) pensent que le Canada ferait mieux de conserver le régime créé en vertu du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* de 1984 que d'adopter le projet de loi C-78.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Boer, Ben W. et Donna Craig. "Federalism and Environmental Law in Australia and Canada". *Federalism in Canada and Australia: Historical Perspectives, 1920-88*. Peterborough, Frost Centre, 1989.

Brouwer, H.C.G.M. "Evaluation of Public Involvement in Project EIA in the Netherlands". *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience*, vol. II. Approvisionnements et Services Canada, 1987.

Cassils, J. Anthony. "Structuring the Taxcaystem for Sustainable Development". *The Legal Challenge of Sustainable Development*. J. Owen Saunders (éd.), Calgary, Canadian Institute of Resources Law, 1990.

Clark, B.D. *et al.* "Environmental Assessment Audits in the U.K.: Scope, Results and Lessons for Future Practice". *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience*, vol. II. Approvisionnements et Services Canada, 1987.

Commission mondiale sur l'environnement et le développement. *Notre avenir à tous*.

Culhane, Paul J. "Decision Making by Voluminous Speculation: The Contents and Accuracy of U.S. Environmental Impact Statements". *Audit and Evaluation in Environmental Assessment and Management: Canadian and International Experience*, vol. II. Approvisionnements et Services Canada, 1987.

European Environmental Yearbook. Achille Cutrera, directeur. Londres, DocTer International U.K. Inc., 1987.

Grad, Frank P. *Treatise on Environmental Law*, vol. 2. New York, Matthew Bender & Co., 1989.

Nelson, Joyce. "Deconstructing Ecobabble". *This Magazine*, vol. 24, septembre 1990.

Whitehouse, J.F. "Discretion in Environmental Planning: New South Wales Experiments". *University of West Australia Law Review*, 1985-1986, vol. 16.